

تأليف
يُوسُفُ عَوْدَةَ غَايِمُ الْمَنْصُورِي
مدرس القانون التجاري بكلية القانون
جامعة البصرة

النضال من الصَّرف في في الأوراق التجارية وهيئة مقارنة

منشورات الحلبي الحقوقية

القصاصُ الصَّريفي
في الأَوراقِ التَّجاريةِ
وهيئةُ مقارنته

النضام من الصَّهر في في الأوراق التجارية فصل في مقارنة

تأليف

يوسف عبودة شاذي المنصوري

مدرس القانون التجاري بكلية القانون
جامعة البصرة

منشورات المجاهدي المحمودية

منشورات الحلبي الحقوقية

AL - HALABI

LEGAL - PUBLICATIONS

جميع الحقوق محفوظة ©

الطبعة الأولى

2012

All rights reserved ©



منشورات الحلبي الحقوقية

فرع اول: بناية الزين - شارع القنطاري

قرب تلفزيون اخبارية المستقبل

هاتف: 364561 (961-1)

هاتف خليوي: 640821 - 640544 (961-3)

فرع ثان: سوديكو سكوير

هاتف: 612632 (961-1)

فاكس: 612633 (961-1)

ص.ب. 11/0475 بيروت - لبنان

E - mail elhalabi@terra.net.lb

www.halabilawbooks.com

لا يجوز نسخ أو استعمال أي جزء من هذا الكتاب في أي شكل من الأشكال أو بأية وسيلة من الوسائل - سواء التصويرية أم الإلكترونية أم الميكانيكية، بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي والتسجيل على أشرطة أو سواها وحفظ المعلومات واسترجاعها - دون إذن خطي من الناشر.

إن جميع ما ورد في هذا الكتاب من أبحاث فقهية وآراء وتعليقات وقرارات قضائية وخلصاتها، هي من عمل المؤلف ويتحمل وحده مسؤوليتها ولا يتحمل الناشر أية مسؤولية لهذه الجهة. كما أن الناشر غير مسؤول عن الأخطاء المادية التي قد ترد في هذا المؤلف ولا عن الآراء المقدمة في هذا الإطار.

All rights reserved ©

AL - HALABI Legal Publications

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ
تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلَهُ اللَّهُ عَلَيْكُمْ كَيْلًا إِنْ أَلَّيْتُمْ يَعْلَمُ مَا
تَفْعَلُونَ

(النحل: 91)

بِسْمِ اللَّهِ
الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اللافتة

إلى من قال عنهما تعالى في كتابه العزيز:
(وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا
رَبَّيْنِي صَغِيرًا) ...
والديّ الحبيبين.

إلى من وأبت في يقظتها لسعوتي ...
زوجتي الحبيبة
إلى أزهار حياتي الياقة ... ثرر ، فاطمة ، زينب
أهري ثمرة جهري المتواضع هذا
يوسف

المقدمة

تحظى الأوراق التجارية بأهمية كبيرة في الوقت الحاضر من خلال ما تؤديه من وظائف اقتصادية جمة كونها أداة ائتمان ووفاء تقوم مقام النقود، بيد إن مدى قبول صاحب الحق استيفاء حقه عن طريق الورقة التجارية يتوقف على مدى ثقته بتلك الورقة.

ومن أجل حماية هذا الائتمان فقد تضمن قانون الصرف عدة ضمانات تحمي حق الحامل وتكفل له الوفاء بقيمة الورقة التجارية في ميعاد استحقاقها، ومن تلك الضمانات تملك الحامل لمقابل الوفاء وعدم الدفع في مواجهته بالدفوع التي لا يعلم بها ومنحه حق توقيع الحجز التحفظي على منقولات المدين وعدم قبول المعارضة من المدين في الوفاء بقيمة الورقة التجارية إلا في أحوال استثنائية، بيد إن هذه الضمانات تعد بذاتها ضمانات هشة قد لا تحقق للحامل مصلحته في الحصول على قيمة تلك الورقة، فمقابل الوفاء قد يهلك أو قد يقوم المسحوب عليه بالتصرف فيه، وقد لا يملك المدين المصرفي أموالاً منقولة مما يتعذر على الحامل إيقاع حجز تحفظي عليها؛ ومن أجل ذلك فقد منح القانون المصرفي للحامل ضماناً آخر يعتبر من أهم الضمانات المصرفية على الإطلاق ألا وهو النص على المسؤولية التضامنية للملتزمين بموجب الورقة التجارية أو ما يعرف بمبدأ (التضامن المصرفي) الذي من خلاله يستطيع الحامل الرجوع على أي من أولئك الملتزمين ومطالبته بقيمة تلك الورقة؛ ومن هنا فقد قيل إنه كلما زادت التوقييع على الورقة التجارية زادت ثقة الحامل في الحصول على قيمتها.

ويقترن ظهور نظام التضامن في الأوراق التجارية بصدر قانون التجارة الفرنسي لعام 1807⁽¹⁾، إذ نص صراحة في المادة (140) على أنه «يُسأل كل من أمضى البوليصة أو قبلها أو ظهرها عن الضمان على وجه التضامن قبل الحامل»؛ ومنذ ذلك التاريخ بدأت القوانين التجارية تحذو حذو المشرع التجاري الفرنسي بالنص على التضامن في الأوراق التجارية ومن تلك القوانين : قانون للتجارة العثماني الصادر عام 1850 (المادة 97)، والقانون التجاري المصري السابق لعام 1883 (المادة 137).

كما نصت على ذلك أيضاً اتفاقيتي جنيف لعامي 1930، الخاصة بالحوالة التجارية والسند للأمر (المادة 47)، و1931، الخاصة بالصك (المادة 44).

وقد أخذت غالبية القوانين التجارية في الدول المختلفة بأحكام هاتين الاتفاقيتين وأوردت نصوصاً مماثلة لأحكامهما بضمنها النص على التضامن الصرفي ومن تلك القوانين : قانون للتجارة الفرنسي الحالي بعد تعديل عام 1935 (المادة 151)، وكذلك المادة (44) من القانون الفرنسي الصادر في 30/تشرين الأول/1935 والمتعلق بتوحيد الأحكام الخاصة بالصك، كذلك قانون التجارة البرية اللبناني الحالي رقم 304 لسنة 1942 (المادة 369)؛

(1) أما بالنسبة لقانون التجارة البرية الفرنسي الصادر عام 1673، فعلى الرغم من أنه كان يعد أول قانون وضع أحكاماً لتنظيم مسائل الأوراق التجارية بصورة متكاملة وجَد أنه قد اغفل النص على التضامن بين الملتزمين في الأوراق التجارية مما أشعر الفقه والقضاء الفرنسيين آنذاك بهذا النقص ودفعهم للمطالبة بضرورة النص على التضامن في الأوراق التجارية. انظر في تفصيل ذلك : د. صلاح الدين الناهي، المبسوط في الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، بغداد، 1965، ص 415. د. رزق الله انطاكي، السفتجة أو سند السحب، مطبعة جامعة دمشق، 1965، ص 252.

وقانون التجارة العراقي الملغي رقم 60 لسنة 1943 (المادة 433)، وكذلك قانون التجارة العراقي السابق رقم 149 لسنة 1970 (المادة 481)، فضلاً عن قانون التجارة العراقي الحالي رقم 30 لسنة 1984 (المادة 106).

كما نص على التضامن المصرفي قانون التجارة السوري الحالي رقم 149 لسنة 1949 (المادة 471)، وقانون التجارة الليبي الحالي لسنة 1953 (المادة 338)، كذلك نظام الأوراق التجارية السعودي الحالي رقم 27 لسنة 1963 (المادة 58)، وقانون التجارة الأردني الحالي رقم 12 لسنة 1966 (المادة 185)، وقانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980 (المادة 481)، وقانون التجارة البحريني رقم 7 لسنة 1987 (المادة 414)، وقانون التجارة العماني رقم 55 لسنة 1990 (المادة 493)، وقانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993 (المادة 562)، فضلاً عن قانون التجارة المصري الحالي رقم 17 لسنة 1999 (المادتين 442، 521).

وأخيراً فقد نصت على مبدأ التضامن المصرفي اتفاقية الأمم المتحدة للسفاحج (الكمبيالات) الدولية والسندات الاذنية الدولية لعام 1988⁽¹⁾، وذلك في المادة (69) منها.

نستطيع القول مما سبق إن التضامن المصرفي هو صورة من صور التضامن القانوني، إذ إن القانون التجاري هو الذي نص عليه⁽²⁾، وإن القانون التجاري الفرنسي لعام 1807 يُعد بحق القانون الذي ظهرت فيه نواة التضامن المصرفي.

(1) سنطلق على هذه الاتفاقية اختصاراً تسمية اتفاقية الالوسيترال لعام 1988 ولهذا اقتضى التلويح.

(2) د. حسن جاد، شرح القانون التجاري العراقي، ج2، مطبعة الأهالي، بغداد، 1940، ص136. د. رزق الله انطاكي، المفتحة...، المرجع السابق، ص256.

إن للتضامن المصرفي من الأهمية ما يفوق به كثير من الضمانات التي منحها المشرع للتجاري لحامل الورقة التجارية، لغرض تسهيل تداولها، لذلك فإن النص القانوني على التضامن المصرفي كان ولا يزال ضرورياً لتقوية الثقة بالورقة التجارية وتمكينها من أداء وظائفها كأداة لثمن ووفاء تقوم مقام النقود⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أن هناك عدداً من فقهاء القانون التجاري ممن يذهبون إلى القول بأن المشرع التجاري ما كان بحاجة إلى النص على التضامن المصرفي ذلك لأن الأوراق التجارية تعتبر عملاً تجارياً مطلقاً والتضامن في المسائل التجارية مقرر بنص القانون⁽²⁾، أو لأن العرف التجاري هو الذي يفترض التضامن في المسائل التجارية⁽³⁾.

وعندنا إن هذا الرأي محل نظر ولا يستقيم مع أحكام قانون التجارة العراقي الحالي، صحيح إن العمليات المتعلقة بالأوراق التجارية تعد عملاً تجارياً بمقتضى قانون التجارة العراقي إلا إن هذا القانون لم ينص على افتراض التضامن في المسائل التجارية وهو ما يشكل نقص تشريعي يستحسن بالمشرع التجاري تقيديه ولاسيما إن أغلب القوانين التجارية في الدول المختلفة قد اتجهت إلى النص على التضامن بين المدينين بالمسائل التجارية بعد أن سبق لها أن سكنت عن النص على مثل هذا التضامن، ومن تلك القوانين قانون التجارة المصري الحالي رقم 17 لسنة 1999 إذ نص في

(1) د. امين محمد بدر، الأوراق التجارية في التشريع المصري، تأصيل وتحليل لقواعد الكبيالة والسند الائني والشيك، ط2، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1954، ص198.

(2) د. محسن شفيق، القانون التجاري الكويتي (المعقود للتجارية، الأوراق التجارية، الإفلاس)، الكويت، 1972، ص225.

(3) د. حسين النوري، دروس في الأوراق التجارية والنشاط المصرفي، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، بدون سنة طبع، ص210.

المادة (47) على أنه : «يكون الملزمون معاً بدين تجاري متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك». كما إن قانون التجارة العراقي السابق رقم 149 لسنة 1970 كان ينص على التضامن في المسائل التجارية وذلك في المادة (81) منه⁽¹⁾؛ هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن التضامن في المسائل التجارية لا يمكن إثباته عن طريق العرف التجاري ذلك لأن المشرع التجاري العراقي لم يذكر العرف ضمن مصادر القانون التجاري مما يعني تنذر اللجوء إليه لإثبات التضامن، صحيح أنه قد يُقال إننا نستطيع اللجوء إلى العرف عن طريق القانون المدني كونه مصدراً من مصادره⁽²⁾، ولأن الأخير يُعد مصدراً من مصادر القانون التجاري مما يعني بالمحصلة النهائية إمكانية الرجوع إلى العرف التجاري بوصفه مصدراً غير مباشر للقانون التجاري؛ بيد إن هذا الرأي لا يمكن التسليم به أيضاً لافتراض التضامن في المسائل التجارية ذلك لأن اللجوء إلى العرف لا يكون إلا عند غياب النص التشريعي في القانون، وبما إن القانون المدني قد نص صراحة

-
- (1) تجدر الإشارة إلى إن هناك بعضاً من الكتاب ممن يرى بأن "التضامن في المسائل التجارية مفترض في العراق، لأن نص المادة (81) من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970 ما زال ساري المفعول لعدم وجود نص قانوني يقضي بخلافه كما إن حكم هذه المادة لا يتعارض مع أحكام القانون الجديد بل على العكس يتفق معها تماماً (د. سالم عبد الرضا طويرش، الالتزام التضامني، للتضامن بين المدنيين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1998، ص55). وهذا رأي لا يمكن التسليم به ذلك لأن قانون التجارة العراقي الحالي رقم 30 لسنة 1984 قد نص صراحة في المادة (331) منه على إلغاء قانون التجارة السابق، ولو كان المشرع يقصد سريان نص المادة (81) من القانون السابق لاستثناء من نص الإلغاء كما فعل بالنسبة لأحكام الإفلاس والصلح الوافي منه.
- (2) انظر المادة (1/ثانياً) من القانون المدني العراقي، وتقبلها المادة (1) من القانون المدني المصري.

في المادة (320) على إن «التضامن ما بين المدنيين لا يفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون»، فلا يمكننا اللجوء إلى العرف التجاري لإثبات ذلك التضامن. ومن هنا يمكن القول بأنه كانت الحاجة وما زالت قائمة للنص صراحة على التضامن بين الملتزمين الصرفيين في الورقة التجارية.

ومما يلاحظ في هذا الصدد اهتمام الدراسات والأبحاث القانونية العربية منها والأجنبية بدراسة موضوع الضمانات نظراً لما يتمتع به من أهمية خاصة تتمثل بخطورة آثارها إلا أن البحث في التضامن الصرفي والخوض فيه على نحو متكامل قد عانى من نقص واضح في إطار ما تضمنته تلك الدراسات والأبحاث وكان ذلك من جملة ما شدني إلى اختياره موضوعاً لهذه الدراسة.

وتتطلب دراسة موضوع التضامن الصرفي البحث في (ماهية التضامن الصرفي) من حيث التعريف به وبيان مفهومه من حيث تحديد معناه وتأصيله من الناحيتين القانونية والفقهية وبيان ذاتيته من حيث تمييزه مما يشبهه به من أنظمة قانونية وهي التضامن المدني والتضامن في المسؤولية التقصيرية والكفالة التضامنية والتضامن، وكذلك نطاق التضامن الصرفي من حيث بيان الأشخاص الملتزمين صرفياً ومدى إمكانيةهم في التخلص من التضامن الصرفي فضلاً عن شروط صحة الالتزام الصرفي (الفصل الأول).

فضلاً عن الخوض في (أحكام التضامن الصرفي) في بيان علاقة الحامل بالملتزمين الصرفيين من حيث المبادئ التي تحكم تلك العلاقة ورجوع الحامل على الملتزمين الصرفيين وذلك ببيان شروط الرجوع والمبالغ التي يحق للحامل الرجوع بها، كما سيتم بيان أحكام التضامن الصرفي في علاقة الملتزمين الصرفيين بعضهم ببعض وذلك من خلال بيان المبادئ التي تحكم تلك العلاقة ورجوع الملتزمين بعضهم على بعض من حيث الأساس القانوني للرجوع وأحواله (الفصل الثاني).

إن البحث في الأمور التي ذكرناها ستركز على التشريع العراقي بالمقارنة مع التشريعات الأخرى كاتفاقيات جنيف الموحدة الخاصة بالأوراق التجارية والقوانين التي ساريتها في الاتجاه نفسه، كقوانين التجارة في فرنسا ولبنان والأردن ومصر وغيرها من القوانين التجارية التي سيتم التعرض إليها لاحقاً.

الفصل الأول

ماهية التضامن المصرفي

يُعد التضامن المصرفي نوعاً من الضمانات الشخصية للدائن إذ أنه يزيد في ضمانه بالحصول على حقه وذلك بضم نتم المدينين المصرفيين بعضها إلى بعض مما يضمن للدائن الحصول على ذلك الحق عند إعسار بعض المدينين.

ويقتضي التعرف على ماهية التضامن المصرفي التعريف به (المبحث الأول)؛ وبيان نطاقه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التعريف بالتضامن المصرفي

نقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص الأول منهما لبيان مفهوم التضامن المصرفي في حين نخصص المطلب الثاني لتمييز التضامن المصرفي مما يشبهه به من أنظمة قانونية.

المطلب الأول

مفهوم التضامن المصرفي

يتطلب بيان مفهوم التضامن المصرفي أن نتعرف على معنى هذا التضامن من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية (الفرع الأول)، فضلاً عن بيان التأصيل القانوني والفقهي له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معنى التضامن المصرفي

من أجل تسليط الضوء على معنى التضامن المصرفي من الجانبين اللغوي والاصطلاح، فإن الأمر يقتضي أفراد فقرة مستقلة لكل من المعنيين.

الفقرة الأولى: معنى التضامن المصرفي لغة

إن مصطلح التضامن المصرفي يتكون من كلمتين اثنتين هما (التضامن) و(المصرفي) فأما كلمة التضامن⁽¹⁾، فهي مشتقة من الفعل ضَمَنَ - يَضْمِنُ،

(1) تقابل كلمة التضامن بالإنكليزية Solidarity; Joint liability أما في اللغة الفرنسية فتقابلها كلمة Solidarite.

ومن خلال بحثنا في معاجم اللغة العربية وجدنا إن لهذه الكلمة ومشتقاتها معانٍ عدة منها: ضَمِنَ الشيء: كفل به؛ وضَمَنَهُ إياه أي كفله، يُقال ضَمِنْتُ الشيء بمعنى أضمنه ضماناً فانا ضامنٌ وهو مضمون. ومنها قول النبي محمد (ص) «من مات في سبيل الله فهو ضامنٌ على الله الجنة» أي ذو ضمان على الله، والضمين هو الكفيل وجمعه ضمناء⁽¹⁾.

وضَمِنَ الشيء بالشيء: أودعه إياه كما تودع الوعاء المتاع والميت القبر. والضمين يأتي بمعنى التضامن ومنها قولهم مضمون الكتاب كذا وكذا.

والتضامن هو الاتحاد: يُقال تضامن القوم على أمر أي اتحدوا وانفقوا عليه⁽²⁾، كما قيل في التضامن أنه المشاركة في الضمان بحيث يلتزم كل فريق بأن يؤدي عن الآخر بعض ما لزمه⁽³⁾. ومنها أيضاً تضامن الغرماء أي ضَمِنَ بعضهم بعضاً تجاه صاحب الحق: يُقال هم (متكافلون متضامنون) أي إن لصاحب الحق أن يطلب حقه كله ممن أراد منهم⁽⁴⁾.

أما كلمة الصِرْفِي⁽⁵⁾، فهي مشتقة من الفعل صَرَفَ - يَصْرِفُ؛ وصَرَفَهُ بمعنى رده، وصَرَفَ المال أي أنفقَه، وصَرَفَ الكلمة أي ألحقها الكسر في حالتي الجر والتثوين.

(1) محمد بن مكرم بن منظور الإفرنجي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، دار صادر للطباعة، بيروت، 1956، ص 257.

(2) لويس معلوف، منجد الطلاب، ط4، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1956، ص 430.

(3) د. محمد راويس قلعه جي ود. حامد صادق قينبي، معجم لغة الفقهاء، ط1، دار النفائس، 1985، ص 133.

(4) لويس معلوف، للمرجع السابق، ص 430.

(5) تقابل كلمة الصِرْفِي بالفرنسية Combiare أما في الإنكليزية فلم نجد ما يقابلها ولكن تقترب منها في المعنى كلمة Exchange.

والصِرْف هو الخالص الصافي من العيب والكر⁽¹⁾. أما الصِرْف هو المتقلب والحيلة ومن هذا المعنى يقال عن الصِرْف والصِرْف بأنه المحتال المتقلب في اموره.

أما الصِرْف فهو المنسوب إلى علم الصِرْف أو العالم به⁽²⁾.

والصِرْف هو بيع الذهب بالفضة وهو من ذلك لأنه يُنصرف به من جوهر إلى آخر؛ ومنها صِرْف النقود أي بدلها بنقود من نوع آخر⁽³⁾. ومن هذا المعنى الأخير، كما يبدو، جاء استعمال عقد الصرف (في القانون) بمعنى مبادلة النقد بالنقد ولهذا العقد تنسب كلمة الصِرْف.

الفقرة الثانية: معنى التضامن الصرفي اصطلاحاً

لقد أورد فقهاء القانون التجاري عدة تعاريف بشأن التضامن الصرفي، وتلك التعاريف تكاد تكون متقاربة في المضمون وإن اختلفت في الألفاظ.

فقد عرفه جانب من الفقهاء بأنه «التزام جميع الموقعين على الورقة التجارية بأداء مبلغها للحامل على وجه التضامن سواء في موعد استحقاقها الأصلي أم في حالة ترتب الحق للحامل في الرجوع المبسر على الضامنين»⁽⁴⁾.

(1) جبران مسعود، الرائد، المجلد الثاني، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1981، ص919.

(2) جبران مسعود، المرجع السابق، ص919.

(3) محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، المرجع السابق، المجلد التاسع، ص190.

(4) د. صلاح الدين الناهي، المبسوط...، المرجع السابق، ص414؛ د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج2 (الأوراق التجارية)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص201.

في حين عرفه جانب آخر منهم بأنه «من أهم الضمانات التي خولها المشرع التجاري للدائن في الورقة التجارية من أجل الحصول على الحق الثابت فيها»⁽¹⁾. ويؤخذ على هذا التعريف قصره ميزة التضامن على المبلغ الثابت في الورقة التجارية والحال إن التضامن المصرفي لا يقتصر على التزام الموقعين بالمبلغ الثابت فيها فحسب، بل يشمل أيضاً كافة ملحقات ذلك المبلغ من فوائد أو مصاريف أو كلاهما معاً⁽²⁾.

فيما يرى جانب آخر من الفقهاء إن التضامن المصرفي يعني «إن جميع الموقعين على (الحوالة) من صاحب ومسحوب عليه قابل ومظهر وضامن احتياطي، مسؤولون جميعاً على وجه التضامن نحو حامل (الحوالة) بالوفاء بقيمتها إذا امتنع المدين الأصلي عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق بحيث يحق للحامل مطالبتهم منفردين أو مجتمعين دون مراعاة أي ترتيب بينهم»⁽³⁾.

والملاحظ على هذا التعريف إغفاله ذكر بعض الأشخاص المتضامنين (كالمقابل بالتدخل) من جهة وإهماله حالة الرجوع المبتسر للحامل على المتضامنين المصرفيين لأي سبب من الأسباب التي حددها المشرع التجاري من جهة أخرى⁽⁴⁾.

(1) د. علي حسن يونس، الأوراق التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1956، ص 197.

(2) انظر المادتين (108، 109) من قانون التجارة العراقي والمواد المقابلة لها في القوانين الأخرى.

(3) د. عزيز العكيلي، القانون التجاري (الأعمال التجارية، التجار، المتجر، الشركات التجارية، الأوراق التجارية)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 439؛ د. علي البارودي، القانون التجاري (الأوراق التجارية والإفلاس)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1985، ص 136؛ د. سعيد يحيى، الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، الرياض، 1985، ص 82.

(4) انظر المادة (102/ثانياً) من قانون التجارة العراقي.

بعد استعراضنا لمختلف التعاريف التي قيلت في التضامن المصرفي نستطيع تعريفه بأنه ضمان صرقية منحها المشرع التجاري لحامل الورقة التجارية، يستطيع من خلالها الرجوع على جميع الملتزمين بموجبها ومطالبتهم، مجتمعين أو منفردين، بدفع أصل مبلغ الورقة التجارية وما يلحق به من فوائد أو مصاريف أو كليهما معاً سواء أكان ذلك في ميعاد استحقاق الورقة التجارية أم قبل ذلك الميعاد لتحقيق سبب من أسباب الرجوع المبسر على الملتزمين بها.

الفرع الثاني: التأصيل القانوني للتضامن المصرفي

لقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة التضامن المصرفي وتعيين الفكرة التي يمكن إسنادها إليها، ف يرى جانب منهم إن التضامن المصرفي هو تضامن ناقص (الفقرة الأولى) في حين يرى الجانب الآخر من الفقهاء إن التضامن المصرفي هو تضامن كامل شأنه في ذلك شأن بقية أنواع التضامن الأخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التضامن المصرفي تضامن ناقص

ترجع فكرة التضامن الناقص إلى بعض فقهاء القانون الفرنسي الذين يشترطون لاعتبار التضامن كاملاً ضرورة أن تكون هناك نيابة متبادلة بين المتضامنين بحيث يمثل بعضهم بعضاً فيما ينفع وفيما يضر ليكون اتخاذ أي إجراء بحق أحد المتضامنين ساري المفعول بالنسبة للمتضامنين الآخرين، في حين يُعد التضامن ناقصاً إذا لم يوجد بين المتضامنين مصلحة مشتركة، مما يترتب انعدام الآثار الثانوية للتضامن التي ترجع إلى فكرة النيابة التبادلية، ويرى أنصار هذا الرأي إن التضامن المصرفي يُعد من قبيل التضامن الناقص⁽¹⁾، وقد استندوا في ذلك إلى الحجج التالية:

(1) P. Lescot et. R. Roblot, Les Effets de Commerce, Paris, 1953, P. 537.
Rene Roblot, Les Effets de Commerce, Sirey, 1975, p. 202.

أولاً: تكون المسؤولية التضامنية، في الأوراق التجارية، بين أشخاص لا يعرف بعضهم بعضاً بل تجمعهم مجرد الصدفه، فالمستفيد لا يعرف من الشخص الذي سيظهر له الورقة التجارية والممسوحوب عليه لا يعرف من الحامل الذي سيتقدم اليه بطلب الوفاء في ميعاد الاستحقاق⁽¹⁾، وعدم التعارف بين الملتزمين يؤدي إلى انتفاء المصلحة المشتركة بينهم والتي بدورها تؤدي إلى انعدام النيابة التبادلية، بحيث يقتصر اثر كل إجراء يُتخذ من قبل احد المتضامنين أو ضده، عليه وحده ولا يمتد لغيره من المتضامنين ما لم يُتخذ لإجراءً مشابهاً بالنسبة لهم.

ثانياً: إن التزام كل موقع على الورقة التجارية مستقل عن التزامات غيره من الموقعين الآخرين استناداً الى قاعدة استقلال التوقيعات السائدة في الأوراق التجارية، ومن ثم لا يستطيع أي متضامن التمسك بالدفع التي يستطيع أن يتمسك بها غيره من المتضامنين⁽²⁾، هذا من جانب، و من جانب آخر فإن لكل متضامن في الورقة التجارية سبباً لالتزامه الصرفي مختلف عن سبب التزام غيره من المتضامنين الآخرين⁽³⁾، مما يترتب عليه انتفاء النيابة المتبادلة بين المتضامنين صرفياً.

= انظر كذلك د. محمد حسني عباس، الأوراق التجارية في التشريع الكويتي، مكتبة الانكلو امريكية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص139؛ د. شكر ي احمد المباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، ج2، مكتبة المعارف، الرباط، 1985، ص 68-69.

- (1) د. رزق الله انطاكي، المفتحة لوسند السحب، المرجع السابق، ص257.
- (2) نقلاً عن د. صلاح الدين اللناهي، المبسوط....، المرجع السابق، ص393.
- (3) د. عبد الله محمد العمران، الأوراق التجارية في النظام السعودي، الرياض، 1989، ص184-185؛ د. ادوار عيد، الحماية القانونية للشيك في التشريعات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 1975، ص38.

ثالثاً: لم ينص للقانون التجاري على تطبيقات لمسألة النيابة المتبادلة بين المتضامنين، ولو كان المشرع للتجاري يقصد ترتيب تلك النيابة بين المتضامنين لنص على تطبيقات لها كما فعل المشرع المدني⁽¹⁾، بل على العكس من ذلك فإننا نجد إن المشرع التجاري قد نصّ على بعض الحالات أكد فيها انتفاء النيابة المتبادلة بين المتضامنين، فيلاحظ مثلاً إن تأكيد الأخير على أن انقطاع مدة التقادم بالنسبة لأحد المتضامنين لا يترتب عليه انقطاع سريان التقادم بالنسبة لبقية المتضامنين، مما دفع بعضاً من الفقهاء إلى تفسير هذا النص بأنه تطبيق لمبدأ عام ينكر وجود النيابة التبادلية بين المتضامنين في الورقة التجارية ويلزم تبعاً لذلك تطبيق هذا المبدأ على كل حالة سكّت القانون التجاري عن تنظيمها⁽²⁾.

الفقرة الثانية: التضامن المصرفي تضامن كامل

يذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن التضامن المصرفي هو تضامن كامل شأنه في ذلك شأن بقية أنواع التضامن الأخرى⁽³⁾، وقد استندوا في ذلك على عدة حجج، والتي تعتبر في الوقت ذاته انتقادات موجهة إلى أنصار الرأي الأول، وتمثلت تلك الحجج بالتالي:

أولاً: إن القول بأن التضامن المصرفي يحصل بين أشخاص غير متعارفين هو قول غير دقيق، ذلك لأن عدم التعارف بين المتضامنين ليس بالأمر المطلق، ففي كثير من الأحيان نجد إن الملتزمون بموجب ورقة تجارية يعرف بعضهم

(1) نقلاً عن د. أمين محمد بدر، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، ص 201.

(2) نقلاً عن د. أمين محمد بدر، المرجع السابق، ص 201.

(3) د. أمين محمد بدر، المرجع السابق، ص 202؛ أبو زيد رضوان، الأوراق التجارية،

مطبعة دار الفكر العربي، بدون سنة طبع، ص 291.

بعضاً، في حال تداول الورقة التجارية بين أشخاص متعارفين، بل الأكثر من ذلك أنه حتى في فرضية عدم تعارف المتضامنين صريحاً، فإن ذلك يعتبر، بلا شك، ظرفاً مؤقتاً يزول بعمل الاحتجاج وإعلانه للمتضامنين الصريفيين عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء وعندئذٍ يتكّن كل واحد من المتضامنين التعرف على بقية الملزمين معه في ضمان وفاء قيمتها للدائن⁽¹⁾، إذ إن الاحتجاج يتضمن صورة حرفية للورقة التجارية ولكل ما ورد فيها خاصاً بقبولها وتظهرها وضمانها أو أداء قيمتها عند الاقتضاء وغير ذلك من البيانات⁽²⁾، بحيث لا يبقى للموقع على الورقة التجارية أي عذر في ادعاء عدم معرفة سائر المتضامنين معه.

ثانياً: أما القول بأن اختلاف أسباب التزام المتضامنين صرفياً يؤدي إلى انتفاء النيابة المتبادلة بينهم فهو قول لا يمكن التسليم به ذلك لأنه حتى في التضامن المدني قد يكون سبب التزام بعض المدنيين مختلفاً عن أسباب التزامات البعض الآخر، فمن المعروف بأن السبب وفق النظرية الحديثة هو الباعث الدافع للتعاقد⁽³⁾، ومن ثم فقد يختلف الباعث

(1) د. أمين محمد بحر، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، ص 202.

(2) انظر المادة (180/ثانياً) من قانون التجارة العراقي والمقابلة للمادة (541) من قانون التجارة المصري للاند.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، ط 2، دار النهضة العربية، 1964، ص 1497 جدير بالذكر أن هناك عدد من الفقهاء العراقيين من يرون بأن المشرع العراقي قد أخذ بنظريتي السبب للتقليدية (الغرض المباشر) والحديثة (الباعث الدافع) معاً (انظر د. عبد المجيد الحكيم والامتداد عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه الشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج 1 مصادر الالتزام بغداد 1980، ص 105، وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز العراقية في قرار لها جاء فيه «إن السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملزم الوصول اليه من وراء التزامه» -

الدافع للتعاقد فيما بين المدينين المتضامنين، مثال ذلك أن يشتري ثلاثة أشخاص سوية قطعة ارض بثمن مؤجل ويتفقوا مع البائع أن يكونوا متضامنين فيما بينهم في دفع ثمنها، ففي هذا المثال قد يختلف البائع الدافع للتعاقد من مشترٍ لآخر، فقد يكون البائع الدافع للأول، مثلاً، هو زراعتها وللثاني إقامة منشآت عليها وقد يكون البائع الدافع لشراء الثالث هو تأجيرها، ومع ذلك فإن النيابة للتبادلية موجودة بينهم؛ مما يحتم التساؤل عن المانع من وجود تلك النيابة بين المتضامنين صرفياً عند اختلاف أسباب التزامهم الصرفي.

ثالثاً: إن عدم نص القانون التجاري على تطبيقات لمسالة النيابة التبادلية لا يعني بالضرورة عدم وجود مثل تلك النيابة بين المتضامنين في الورقة التجارية ذلك لأن القانون المدني هو المرجع في جميع المسائل التجارية التي لم يرد بشأنها نص خاص في القانون التجاري⁽¹⁾، وبما إن القانون المدني قد أقر مبدأ النيابة المتبادلة بين المتضامنين، فيمكن الرجوع اليه في تقرير آثار تلك النيابة بين المتضامنين الصرفيين⁽²⁾.

= فهو البائع الدافع الى تحرير الكمبيالات المذكورة»، قرار رقم 150/ص/1969 بتاريخ 1969/6/30 عبد الرزاق القيسي، الصيغ القانونية، المرجع السابق، ص80.
(1) انظر المادة (4) من قانون التجارة العراقي وتقابلها الفقرة الاولى من المادة الثانية من قانون التجارة المصري النافذ.

(2) د. امين محمد بدر، الأوراق التجارية....، المرجع السابق، ص202، وهو الرأي الذي يذهب اليه ايضاً حتى بعض ممن يقول بان التضامن المصرفي هو تضامن ناقص، كالذكور انوار عيد، الحماية القانونية للشيك....، المرجع السابق، ص38؛ وهذا هو التناقض بعينه، فهو من جهة يرى إن التضامن المصرفي هو تضامن ناقص لعدم وجود نيابة تبادلية بين المتضامنين، ومن جهة أخرى إن احكام النيابة التبادلية في القانون المدني تطبق على التضامن المصرفي، وبالتالي توجد نيابة بين المتضامنين في الورقة التجارية.

رابعاً: أما القول بأن القانون التجاري قد نص على بعض الحالات استبعد فيها النيابة المتبادلة بين المتضامنين المصرفيين، كحالة عدم تأثير انقطاع مدة التقادم لبعض المتضامنين على سريان مدد تقادم بقية المتضامنين، مما يجعل من التضامن المصرفي تضامناً ناقصاً قياساً بنظام التضامن بين المدنيين في القانون المدني، الذي يُعد تضامناً كاملاً، فهو قول وإن كان يستقيم مع أحكام القانون المدني الفرنسي وأحكام القانون المدني المصري السابق، اللذان يعدان إن كل مدني متضامن وكيل عن غيره من المتضامنين فيما ينفع وفيما يضر⁽¹⁾، فهو لا يستقيم مع أحكام القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري النافذين، اللذين استبعدا صراحة أحكام النيابة التبادلية بين المتضامنين فيما يضر واستبقياها فقط فيما ينفع للمتضامنين⁽²⁾. وبذلك يكون اتجاه المشرع التجاري باستبعاد النيابة التبادلية فيما يضر (في حالة انقطاع التقادم لأحد المتضامنين) هو تأكيد لاتجاه المشرع المدني لا خروجاً على أحكامه.

-
- (1) ويظهر ذلك جلياً من نص المادة (1206) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها ((الاجراءات التي تبأثر ضد احد المدنيين تضامنياً تقطع التقادم بالنسبة الى جميعهم))، كما إن المادة (1205) منه فقد نصت على ((إن اعذر الدائن لأحد المدنيين المتضامنين تجعل آثاره تسري في مواجهة الكل))، وهو ما كانت تنص عليه المادة (110) من القانون المدني المصري للسابق بالقول ((مطالبة احد المدنيين المتضامنين مطابقة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقي المدنيين)).
- (2) تنص المادة (329) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (292) من القانون المدني المصري على أنه ((إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة لأحد المدنيين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدنيين)). أما المادة (330) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (293) من القانون المدني المصري فقد نصت على أنه ((وإذا اعذر الدائن احد المدنيين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك اثر بالنسبة لباقي المدنيين)).

ونعتقد إن الرأي الثاني لجدر بالتأييد من الرأي الاول، باعتبار التضامن الصرفي تضامن كامل شأنه شأن بقية أنواع التضامن الاخرى، ذلك لأنه لا يوجد، كما يقول الأستاذ السنهوري، إلا نوع واحد من التضامن وهو التضامن الكامل⁽¹⁾، كما إن هذه التفرقة بين التضامن الكامل والتضامن الناقص تقع دون جدوى في ظل وجود نيابة تبادلية ناقصة بين المدنيين المتضامنين في كل منهما وما دام الدائن في كل منهما يستطيع اعتبار كل مدني متضامن بمثابة الملئزم الوحيد الذي يستطيع الرجوع عليه.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج3، نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف، للحالة، الانقضاء)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1958، ص286-287، هامش رقم (2).

المطلب الثاني

تمييز التضامن المصرفي عما يشته به من أنظمة قانونية

يُعد التضامن المصرفي صورة من صور التضامن بين المدنيين أو ما يسمى بالتضامن السلبي، لذا فقد يتشابه مع صور التضامن السلبي الأخرى وقد يتشابه مع نظام التضامن في جوانب عدة، ولكن ذلك لا يعني عدم وجود فوارق بين التضامن المصرفي وبقيّة الأنظمة الأخرى.

ومن أجل الوقوف على حقيقة ذلك يقتضي بنا البحث تمييز التضامن المصرفي عن التضامن المدني (الفرع الأول)، وتمييزه عن التضامن في المسؤولية التقصيرية (الفرع الثاني)، وكذلك تمييزه عن الكفالة التضامنية (الفرع الثالث)، وأخيراً تمييزه عن التضامن (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تمييز التضامن المصرفي عن التضامن المدني

إن تحليل نظامي التضامن المصرفي والتضامن ما بين المدنيين في القانون المدني أو ما يُعرف بالتضامن المدني يؤدي إلى اكتشاف أوجه كثيرة من الشبه بينهما، فهما يقومان على ذات المبادئ التي تحكم علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين من وحدة محل الدين وتعدد الروابط، فضلاً عن مبدأ النيابة التبادلية الناقصة بين المدنيين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر ويرجع تحليل ذلك إلى أن أحكام التضامن المدني تعتبر الأصل الذي يُطبق على مسائل التضامن المصرفي في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص.

ومع ذلك فإن لكل من النظامين خصائصه التي يتميز بها عن الآخر ويظهر ذلك جلياً من خلال النقاط التالية:

أولاً: يتم التضامن المدني إما بالاتفاق أو أن يقرر بنص القانون، وهذا ما قضت به المادة (320) من القانون المدني العراقي⁽¹⁾ بقولها «التضامن ما بين المدنيين لا يفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص القانون»⁽²⁾؛ في حين يلاحظ إن المشرع التجاري هو الذي يقرر التضامن الصرفي، فقد نصت المادة (106) من قانون التجارة العراقي بأنه «أولاً: الأشخاص الملزمون بموجب الحوالة مسؤولون بالتضامن تجاه حاملها»⁽³⁾.

نستنتج من ذلك إن التضامن في الأوراق التجارية مفترض، من حيث الاصل، بنص القانون على خلاف أحكام القانون المدني التي تقضي بعدم التضامن، من حيث الاصل، بعدم التضامن بين المدنيين من غير اتفاق أو نص في القانون.

ثانياً: في التضامن المدني يستطيع الدائن أن يبدأ بمطالبة أي من المدنيين المتضامنين دون أن يكون ملزماً بالبداية بمطالبة مدني معين، وهو ما قضت به المادة (321) من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها «1- إذا كان المدنيون متضامنين فللدائن أن يطالب بالدين كله من شاء منهم»⁽⁴⁾.

-
- (1) تقابلها المواد (279) مدني مصري، (426) مدني اردني، اما المادة (1202) من القانون المدني الفرنسي فإنها تشترط أن يكون الاتفاق صريحاً.
 - (2) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن التضامن في المواد المدنية لا يؤخذ بطريق الافتراض، قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1983/4/17، مذكور في مؤلف د. عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، 1988، ص487.
 - (3) تقابلها المواد (47) من قانون جنيف الموحد لعام 1930 الخاصة بالحوالة التجارية والسند للامر، والمادة (44) من قانون جنيف لعام 1931 الخاصة بالصك، (151) من قانون للتجارة الفرنسي، والمادة (44) من قانون توحيد أحكام الصك الفرنسي، (521، 442) من قانون للتجارة المصري النافذ، (185) من قانون للتجارة الاردني.
 - (4) تقابلها المواد (285) من القانون المدني المصري، (428) من القانون المدني الاردني.

أما في التضامن المصرفي فإن الحامل ملزم بسلوك طريق معين عند مطالبة المدينين المتضامنين، فهو لا يستطيع الرجوع على أي ملتزم إلا بعد مطالبة المسحوب عليه (بالنسبة للحالة التجارية والصك)، أو المحرر (بالنسبة للسند للأمر) وامتناع الأخير عن الوفاء وإثبات ذلك الامتناع بعمل احتجاج عدم الوفاء⁽¹⁾، وهو ما قضت به المادتين (102، 103) من قانون التجارة العراقي⁽²⁾، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن للدائن وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني حرّ في اقتضاء الدين أو عدم اقتضائه في ميعاد استحقاقه من غير أن يترتب على سكوته جزاء إلا إذا استطال ذلك السكوت المدة القانونية لانقضاء الحق بالتقادم⁽³⁾.

في حين نجد إن الأمر مختلف بعض الشيء في الأوراق التجارية، حيث أُلزم المشرع التجاري حامل الورقة التجارية بضرورة تقديمها للوفاء في يوم استحقاقها أو في يومي العمل التاليين لهذا اليوم، وهو ما نصت عليه المادة (89) من قانون التجارة العراقي والتي جاء فيها «على حامل الحوالة

(1) د. ثروت عبد الرحيم، لقانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 723-724؛ د. هشام فرعون، للقانون التجاري البري، ج2، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 1985، ص 80؛ د. زكي زكي الشعراوي، للوجيز في القانون التجاري، ج1، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 206.

(2) تنص المادة (102) من قانون التجارة العراقي ((ولاً: لحامل الحوالة عند عدم وفائها في ميعاد الاستحقاق للرجوع على المظهرين والمساهم وغيرهم من الملتزمين بها))، أما المادة (103) فقد نصت على انه ((ولاً: يكون إثبات الامتناع عن قبول الحوالة أو عن وفائها باحتجاج عدم القبول أو عدم الوفاء)).

(3) د. أمين محمد بدر، الالتزام المصرفي في قوانين البلاد العربية، معهد الدراسات العربية، 1955، ص 79.

المستحقة الوفاء في يوم معين أو بعد مدة معينة من تاريخ إنشائها أو من تاريخ الاطلاع عليها أن يقيمها للوفاء في يوم استحقاقها أو في يومي العمل التاليين لهذا اليوم»⁽¹⁾. ويمكن تحليل اختلاف موقف المشرعين المدني والتجاري في مسألة مدى ضرورة المطالبة بالدين في ميعاد الاستحقاق، إلى أنه في العلاقات المدنية يقتصر خطر سكوت الدائن عن المطالبة بالحق عليه وحده، خلافاً للأوراق التجارية التي لا يقتصر فيها خطر سكوت الحامل عليه وحده، بل يتعداه إلى غيره من الملتزمين، ذلك لأن الأوراق التجارية توثق الرباط بين عدد من الملتزمين قد انتقل المشرع عاقبتهم بتقرير المسؤولية التضامنية بينهم وبين المدين الأصلي لضمان وفاء مبلغ الورقة التجارية للحامل في ميعاد الاستحقاق والتي قد تؤدي إلى إلزام الموقع على الورقة التجارية بدفع قيمتها ثانية بعد أن سبق له أن دفع قيمتها عند انتقال ملكيتها إليه، لذا يكون من مصلحتهم الإسراع في تصفية موقفهم من الحامل ومن المدين الأصلي المسؤول في النهاية عن الوفاء بقيمة تلك الورقة⁽²⁾.

ثالثاً: في التضامن المدني يستطيع أي من المدينين المتضامنين أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً، سواء أكانت دفوعاً موضوعية أم شخصية، فقد تكون الرابطة التي تربط المدينين بالدائن مشوبة بعيب في الرضا لغلط أو إكراه، أو بنقص في أهلية المدين أو أن تكون تلك الرابطة قابلة للفسخ فيطالب المدين بفسخها، أو قد يكون العقد الذي انشأ الالتزام التضامني باطلاً في الأصل لانتعدام الرضا بالنسبة للمدينين جميعاً أو لعدم توافر شروط المحل والسبب، أو لكون العقد قابلاً للإبطال

(1) تقابلها المادة (426) من قانون التجارة المصري النافذ.

(2) د. أمين محمد بدر، الالتزام المصرفي...، للمرجع السابق، ص 80.

لصالح جميع المدينين بأن يكون قد وقع عليهم جميعاً إكراه أو وقعوا جميعاً في غلط، أو غيره من أوجه الدفع الأخرى.⁽¹⁾

بينما نجد إن الأمر مختلف بالنسبة للتضامن المصرفي، إذ لا يمكن للمتضامن المتمسك في مواجهة الحامل إلا بالدفع الموضوعية الخاصة به فقط، أما بالنسبة للدفع الشخصية، وإن كانت خاصة به، فلا يستطيع المتمسك بها قبل الحامل حسن النية، ما لم تكن تلك الدفع ناشئة عن علاقة المتلزم المدعى عليه بالحامل المدعي، وبالتالي فلا يستطيع المتضامن صرفياً الادعاء بعدم مشروعية سبب التزامه المصرفي قبل الحامل حسن النية ما لم يكن السبب مذكوراً في الورقة التجارية، كذلك لا يمكنه المتمسك بالدفع الناتج عن الغلط في مواجهة الحامل حسن النية لأنها تعد من الدفع الشخصية.

فضلاً عن عدم إمكانية تمسك المتضامن المصرفي بالدفع الموضوعية أو الشخصية الخاصة بغيره من المتلزمين استناداً لقاعدة استقلال التواقيع السائدة في الأوراق التجارية⁽²⁾.

ولم يخرج المشرع التجاري عن ذلك إلا فيما يتعلق بالضامن (الاحتياطي)، حيث أجاز له المتمسك ببطلان التزام المضمون لعيب في الشكل دون غيره من الدفع الأخرى التي يستطيع المتلزم المضمون المتمسك بها⁽³⁾.

رابعاً: إن التزام المدينين في التضامن المدني يعتبر عملاً مدنياً، أما بالنسبة لالتزام المدينين في التضامن المصرفي فيُعد، وفقاً

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، ج3، للمرجع السابق، ص307.

(2) انظر المادة (47) من قانون التجارة العراقي.

(3) انظر المادة (82) من قانون التجارة العراقي.

لنص المادة السادسة من قانون التجارة العراقي⁽¹⁾، عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة الملتزم ونيته؛ ويترتب على ذلك النتائج التالية:

(1) لم تنص بعض القوانين التجارية، ومنها القانون التجاري الأردني، وقانون التجارة اللبناني، وقانون التجارة المصري الحالي، على تجارية الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية، بينما نصت بعض القوانين التجارية على تجارية الأعمال المتعلقة بالحوالة التجارية دون غيرها من أنواع الأوراق التجارية الأخرى كالقانون الفرنسي الحالي الصادر عام 1935 (المادة 632) والقانون التجاري المصري السابق لعام 1883 (المادة 2 الفقرتان 4، 6 منه). وقد أثار ذلك خلاف كبير في الفقه حول تجارية أو عدم تجارية الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية، فذهب جانب من الفقه هناك إلى إسباغ الصفة التجارية على الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية بصورة مطلقة وبغض النظر عن صفة القائم بتلك الأعمال ونيته (انظر د. محمود الكيلاني، القانون التجاري الأردني، الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، عمان، 1990، ص 43، 303؛ انظر كذلك محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، العقود التجارية)، ط1، دار عمار، عمان، 1985، ص 64-69 والقرارات القضائية التي أشار إليها؛ انظر كذلك د. عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج1، عمان، 1999، ص 77 والقرارات القضائية التي ذكرها).

بينما يذهب جانب آخر من الفقه مؤيداً ببعض القرارات القضائية إلى القول بأن الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية لا تعد تجارية ما لم تكن موقعة من تاجر أو محررة لأعمال تجارية (J.Hamel, G.Lagarde et Jauffret , Traite de droit commercial , libraire de droit, 1974, p.587) كذلك د. انوار عيد، الاسناد التجارية، بيروت، 1966، ص 12-13، 208. انظر كذلك قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 2/لوفمبر/1961 بشأن السند للأمر، منشور في المحاماة، العدد التاسع، السنة 42، 1961، ص 776؛ وانظر بشأن الصك قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 15/2/1982، قضاء النقض التجاري من عام 1931- عام 1981، اعداد د. احمد حسني، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص 101.

1- إن أحكام القانون المدني هي التي تسري على التضامن المدني، أما بالنسبة للتضامن المصرفي فالأصل أن تسري عليه أحكام القانون التجاري فإن لم يوجد فيه حكم خاص طبق عليه أحكام القانون المدني، وهو ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون التجارة العراقي بالقول «.. يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاص آخر»؛ وهو ما نصت عليه المادة الثانية من القانون التجاري المصري بالقول «1- تسري على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية، ثم قواعد العرف التجاري والعادات التجارية، فإذا لم يوجد عرف تجاري أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدني».

2- يختلف سعر الفائدة القانونية في المسائل التجارية عما هو مقرر بالنسبة للمسائل المدنية، فمثلاً بالنسبة للمشرع العراقي فقد قرر سعراً للفائدة في المسائل التجارية مقداره (5%)، وسعراً آخر في المسائل المدنية هو (4%)،

= في حين يذهب غالبية الفقه الى القول بضرورة اعتبار الاعمال المتعلقة بكل من الحوالة والسند للأمر عملاً تجارياً مطلقاً، اما الاعمال المتعلقة بالصك فإنها لا تُعد تجارية الا اذا كان محرراً لعملي تجاري. (د. مصطفى كمال طه، اصول القانون التجاري، ج1، الدار الجامعية، لبنان، بدون سنة طبع، ص67-68. د. علي البارودي، القانون التجاري اللبناني، ج1، لبنان، 1972، ص75-76).

ونحن نرى ان اتجاه المشرع العراقي بالنص على تجارية الاعمال المتعلقة بالأوراق التجارية هو اوفق الاتجاهات ويجدر بيقية للقوانين في الدول الاخرى (فرنسا، مصر، الاردن، لبنان) أن تحذو حذوه بالنص على تجارية الاعمال المتعلقة بالأوراق للتجارية بصورة مطلقة، وذلك لأهمية الأوراق للتجارية في الحياة العملية ولأن نصوص القانون التجاري هي التي تنظم لحكامها فكان لا بد من اعتبارها عملاً تجارياً.

أما بالنسبة للفائدة الاتفاقية فينبغي الا تزيد عن (7%) في كل من المسائل التجارية والمدنية.

كما أن سريان الفائدة في الأوراق التجارية يكون ابتداءً من تاريخ الاستحقاق، بينما تسري الفوائد القانونية في الالتزام المدني ابتداءً من تاريخ المطالبة القضائية، وهذا ما قضت به المادة (171) من القانون المدني العراقي بالقول «إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره»⁽¹⁾؛ وقد نصت المادة (107) من قانون التجارة العراقي على انه «ولاً: لحامل الحوالة مطالبة من له حق الرجوع عليه بما يأتي... ب- الفوائد القانونية ابتداءً من تاريخ الاستحقاق»⁽²⁾.

3- في الالتزام المدني قد يمنح القاضي المدين المعسر أجلاً للوفاء بدينه إذا استدعت حالته الرأفة ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم، ولم يوجد في نص القانون ما يمنع ذلك، وهو ما نصت عليه المادة (394) من القانون

(1) تقابلها المادة (226) من القانون المدني المصري.

(2) تقابلها المواد (48) من قانون جنيف لعام 1930، (45) من قانون جنيف الموحد لعام

1931، (152) من القانون التجاري الفرنسي، (443، 522) من قانون التجارة

المصري النافذ؛ (186) من قانون للتجارة الأريتي.

المدني العراقي⁽¹⁾. أما بالنسبة للقانون التجاري فإنه قد منع القضاء، من حيث الأصل، من إعطاء المدين بالالتزام المصرفي مهلة للوفاء وهذا ما نصت عليه المادة (183) من قانون التجارة العراقي بالقول «لا يجوز للمحاكم أن تمنح مهلاً للوفاء بقيمة الورقة التجارية أو القسيام بأي إجراء متعلق بها إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون»⁽²⁾. بيد إن القانون التجاري قد أورد استثناء على هذا الأصل حيث أجاز لكل ضامن عدد رجوع الحامل عليه قبل ميعاد الاستحقاق بسبب صنوره حكم بإعصار المسحوب عليه سواء أكان قابلاً للحالة التجارية أم غير قابل لها أو بسبب وقوف المسحوب عليه عن الدفع ولو لم يثبت ذلك بحكم، لم حجز أمواله حجزاً غير مجدٍ أو بسبب إعصار صاحب الحوالة المشروط عدم تقديمها للقبول أن يطلب من المحكمة التي يقع في منطقتها مقامه، وخلال ثلاثة أيام من تاريخ الرجوع عليه، منحه مهلة للوفاء، فإن رأت المحكمة إن هناك مبرراً لمنح المهلة حددت بقرار بات الميعاد الذي يجب فيه الوفاء بشرط أن لا يجاوز التاريخ المعين للاستحقاق⁽³⁾.

(1) تنص المادة (394) من القانون المدني العراقي على أنه ((2- فإذا لم يكن الدين موجلاً أو حل أجله وجب دفعه فوراً، ومع ذلك يجوز للمحكمة عدد الضرورة إذا لم يمنحها نص في القانون أن تنظر للمدين إلى أجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق للدائن من هذا ضرر جسيم)).

(2) تقابلها المادة (547) من قانون التجارة المصري التالف.

(3) انظر المواد (102) من قانون التجارة العراقي، (438) من قانون التجارة المصري.

خامساً: في التضامن المدني إذا أوفى أحد المدنيين المتضامنين بكل الدين فلا يستطيع الرجوع على باقي المدنيين إلا بقدر حصة كل واحد منهم فيه، وهو ما نصت عليه المادة (334) من القانون المدني العراقي بالقول «1- لمن قضى الدين من المدنيين المتضامنين الرجوع على الباقيين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه كل بقدر حصته. 2- فإن كان احد منهم معسراً تحمّل تبعة هذا الإعسار المدين الذي وفى بالدين وسائر المدنيين المومنين كل بقدر حصته»⁽¹⁾.

أما في التضامن الصرفي فإن الأمر مختلف، ذلك لان قيام احد الملتزمين المتضامنين في الوفاء يعني إعطاء الحق للموفي بالرجوع على الملتزمين السابقين عليه منفردين أو مجتمعين بكل المبلغ الذي دفعه، إضافة إلى ملحقاته من الفوائد والمصاريف، وهذا ما نصت عليه المادة (108) من قانون التجارة العراقي النافذ⁽²⁾.

(1) تقابلها المواد (297) من القانون المدني المصري، (439) من القانون المدني الأردني.

(2) تنص المادة (108) من قانون التجارة العراقي على انه ((يجوز لمن وفى الحوالة مطالبة ضامنيه بما يأتي: أولاً- المبلغ الذي أوفاه. ثانياً- فوائد هذا المبلغ محسوباً من يوم الوفاء بالسعر القانوني. ثالثاً- المصاريف التي تحملها))، وهذا ما نصت عليه أيضاً المواد: (49) من قانون جنيف الموحد الخاصة بالحوالة والسند للأمر، (46) من قانون جنيف الموحد الخاص بالصك، (153) من القانون التجاري الفرنسي، (444، 523) من قانون التجارة المصري النافذ، (57) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، (71) من اتفاقية الاونسيترال العام 1988.

الفرع الثاني: تمييز التضامن المصرفي عن التضامن في المسؤولية التقصيرية

لقد نص القانون المدني العراقي بالفصل الخاص بالعمل غير المشروع على تضامن المسؤولين عن العمل غير المشروع عند تعددهم وصدور خطأ منهم ينتج عنه إصابة غيرهم بضرر، حيث قضت المادة (217)⁽¹⁾ من على أنه «إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب»⁽²⁾. وبهذا يعتبر التضامن في المسؤولية التقصيرية صورة من صور التضامن القانوني، إذ إن القانون هو الذي افترضه، وهو بهذا يتفق مع التضامن المصرفي، ولكن مع ذلك فإنه يوجد بين النظامين فروقات عدة يمكن إجمالها بالآتي:

أولاً: التضامن المصرفي نظام خاص بالأوراق التجارية لذلك يشترط لتطبيقه وجود ورقة تجارية مستوفية لبياناتها الإلزامية التي حددها المشرع التجاري فإن فقدت إحدى تلك البيانات أصبحت سنداً عادياً، ومن ثم تعذر تطبيق أحكام التضامن المصرفي⁽³⁾.

(1) تقابلها المادة (169) من القانون المدني المصري، أما القانون المدني الفرنسي فإنه لم يورد نصاً يقرر التضامن بين المسؤولين تقصيرياً.

(2) انظر قرار محكمة النقض المصرية بالطعن رقم 924 بتاريخ 12/11/1981، فتحية محمود قرة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض (للدائرة المدنية) في خمس سنوات من 1979 - 1984، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ج1، ص 183.

(3) د. هشام فرعون، المرجع السابق، ص 79.

أما في المسؤولية التقصيرية فيشترط لقيام التضامن بين المسؤولين المتعددين فيها توافر الشروط الآتية:

1. إن يكون كل واحد من الفاعلين المتعددين قد ارتكب خطأ، ولا يشترط في تلك الأخطاء أن تقع في وقت واحد كما لا يعتد بدرجة جسامه الخطأ المنسوب إلى كل من المسؤولين، وقد يكون بعضها عملاً والآخر امتناعاً عن عمل وقد يكون بعضها ثابتاً وبعضها مفترضاً كما قد يكون بعضها جنائياً والبعض الآخر من تلك الأخطاء مدنياً⁽¹⁾.

2. أن تساهم الأخطاء التي صدرت من لفاعلين المتعددين في إحداث ما وقع من ضرر، أي أن تتوافر علاقة سببية مباشرة بين خطأ كل من المسؤولين والضرر برمته، فإذا أطلق جماعة من الصيادين (لحطاً) بنادقهم في وقت واحد فأصيب أحد المارة برصاصة من أحدهم، فإن أمكن تحديده فلا يكون للباقيون مسؤولين معه بالتضامن، لأن الأخطاء التي وقعت منهم لم تكن سبب في أحداث الضرر بل لا يكونون مسؤولين أصلاً لأنهم لم يحدثوا ضرراً ما⁽²⁾.

3. أن يكون الضرر الذي أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذي أحدثه الآخرون وهو ما يعبر عنه بوحدة الضرر⁽³⁾، فإذا سرق أحد اللصوص عجلة سيارة وجاء لص آخر فسرق من السيارة بعض الآلات لم يكن اللصان متضامنين، لأن كل منهما أحدث بخطئه ضرراً غير الضرر الذي أحدثه الآخر.

(1) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، الالتزام التضامني للمسؤولين تفسيراً في مواجهة المضرور، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1980، ص 9.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط... ج 1، المرجع السابق، ص 1048.

(3) د. حسن علي الذنون، المبعوض في المسؤولية المدنية ج 1 (الضرر)، شركة التأسيس للطبع والنشر، بغداد، بدون سنة طبع، ص 341.

ثالثاً: في المسؤولية التقصيرية لا يشترط لمسألة الشخص المسؤول تقصيراً أن يكون بالغاً من الرشد، بل يُلاحظ على المشرع المدني أنه قد نص على مسؤولية الصبي المميز أو غير المميز عن تعويض ما أحدثه من ضرر، وهو ما قضت به المادة (191) من القانون المدني العراقي بالقول «1- إذا أُلِفَ صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره أُلِغَ الضمان في ماله. 2- وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر أن كان صبياً غير مميز أو مجنون، جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر»⁽¹⁾. وعليه فمن الممكن تصوّر وجود شخص ناقص الأهلية بين المتضامنين في المسؤولية التقصيرية، أما بالنسبة للأوراق التجارية فإن الأمر مختلف، حيث يشترط لإلزام الموقع عليها أن يكون كامل الأهلية ولم يعثره أي عارض من عوارض الأهلية، فإن كان بين الملتزمين صرفياً موقع ناقص أو عديم الأهلية فإن التزامه يكون باطلاً، ومن ثم يتعذر تصور وجود ناقص الأهلية أو عديمها بين المتضامنين صرفياً.

ثالثاً: لا يُعد التضامن الصرفي من النظام العام ومن ثم يجوز الاتفاق على استبعاد أحكامه بشرط صريح يتم إدراجه في الورقة التجارية يطلق عليه شرط عدم التضامن⁽²⁾. خلافاً لأحكام المسؤولية التقصيرية التي تُعد من النظام العام⁽³⁾، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وقد تقرر في المادة

(1) تقابلها المادة (164) من القانون المدني المصري.

(2) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس في القانون اللبناني، ط2، دار

النهضة العربية، بيروت، 1975، ص145.

(3) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج5، ص553.

(259)⁽¹⁾، من القانون المدني العراقي بطلان كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع، فيؤدي هذا النص إلى بطلان الاتفاق على تخفيف المسؤولية التقصيرية ولو أنه جاء خالياً من الإشارة إلى اتفاقات التخفيف؛ وقد علّق الفقهاء ذلك بالقول إن المشرع المدني لم يكن في الواقع بحاجة لذكر اتفاقات التخفيف من المسؤولية إذ يشملها حكم اتفاقات الإعفاء ولا يمكن إخراج اتفاقات التخفيف من نطاق المادة (259) تأسيساً على أن تخفيف المسؤولية ما هو إلا إعفاء جزئي من المسؤولية، ومن ثم يقع باطلاً كل شرط يقضي بالتخفيف من أحكام المسؤولية التقصيرية⁽²⁾، ولما كان الإعفاء من التضامن يمثل صورة من صور التخفيف من المسؤولية التقصيرية لذا فلا يجوز الاتفاق على استبعاده بين المسؤولين تقصيرياً⁽³⁾.

رابعاً: في الأوراق التجارية يوجد تضامن خارجي لمصلحة الدائن (حامل الورقة التجارية) وتضامن داخلي لمصلحة الموفي بقيمة تلك الورقة⁽⁴⁾، وعليه فإن قيام أحد الملتزمين بوفاء قيمة الورقة التجارية يمكنه من الرجوع على جميع الملتزمين السابقين عليه بكل المبلغ الذي أوفاه إضافة إلى الفوائد القانونية والمصاريف⁽⁵⁾. بيد إن الأمر يختلف في المسؤولية التقصيرية حيث تسري

(1) تقابلها العبارة الأخيرة من المادة (217) من القانون المدني المصري.

(2) د. محمود جمال الدين زكي، اتفاقات المسؤولية، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1961، ص 117؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج 1، ص 1107.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج 3، ص 276.

(4) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، ص 142.

(5) انظر المادة (108) من قانون التجارة الفرنسي، (57) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، (71) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

أحكام التضامن فقط في علاقة المضرور بالمسؤولين المتعددين أما في علاقة المسؤولين بعضهم ببعض فلا يوجد بينهم تضامن، ومن ثم فإن قيام أحد المسؤولين بدفع كل مبلغ التعويض إلى المضرور يجيز له الرجوع على المسؤولين الآخرين كل بمقدار نصيبه في التعويض⁽¹⁾. وقد نص القانون المدني العراقي على ذلك في الفقرة الثانية من المادة (217) بالقول على انه «يرجع من دفع للتعويض بأكمله على كل من الباقيين بنصيب تحده المحكمة بحسب الأحوال وعلى قدر جسامته للتعدي الذي وقع من كل منهم فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي».

وهو نفس المعنى الذي نصت عليه المادة (169) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها «إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض».

الفرع الثالث: تمييز التضامن الصرفي عن الكفالة التضامنية

الكفالة لغة مشتقة من الفعل (كَفَلَ - يَكْفِلُ) ويراد بها معان عدة منها: الأول هو القيام بالإعالة والتربية والإنفاق وهو المقصود من قوله تعالى «وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا»، (سورة آل عمران: من الآية 37). والثاني هو الضمان⁽²⁾، ومنها قوله تعالى «إِنْ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِيَ نَعْجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ»، (سورة ص: 23 الآية). ويبدو إن الكفالة قد استعملت بالمعنى الثاني في الاصطلاح القانوني ويمكن ملاحظة ذلك من

(1) د. حسن علي الذنون، المبسوط...، المرجع السابق، ص 356 - 357.

(2) جبران مسعود، الرائد، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص 1248.

تعريف المشرع العراقي للكفالة في المادة (1008) من القانون المدني والتي جاء فيها إن: "الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام"⁽¹⁾.

والأصل في الكفالة إنها لا تكون تضامنية، بمعنى إن الكفيل لا يكون ملزماً بمبلغ الدين الذي كفله إلا إذا لم يوفيه المدين نفسه، لذلك وجب على الدائن الرجوع أولاً على المدين فإن عجز الأخير عن الوفاء جاز عندئذ الرجوع على الكفيل؛ ويجوز باتفاق المتعاقدين أو بنص في القانون على جعل الكفالة تضامنية بين الكفيل والمدين وفي هذه الحالة يكون الكفيل ملزماً بالوفاء، ولا يمكنه دفع المطالبة (إذا ما وجهت إليه أولاً) بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين، أو دفع إجراءات التنفيذ على أمواله بحق التجريد أو طلب تقسيم المطالبة بينه وبين غيره من الكفلاء⁽²⁾؛ وهذا ما قضت به المادة (1021) من القانون المدني العراقي⁽³⁾، لذلك فإن الكفالة التضامنية تخول الدائن ضماناً أوفر من الكفالة العادية⁽⁴⁾، وهي بذلك تجمع بعض مزايا التضامن الصرفي من حيث وجود المسؤولية التضامنية في كل منهما بحيث يكون أمام الدائن أكثر من ملتزم يستطيع الرجوع عليهم بصورة منفردة أو مجتمعة دون أن يكون لأي منهم دفع للدائن بضرورة تجريد المدين المكفول.

(1) أما المادة (772) من القانون المدني المصري فقد عرفت للكفالة بأنها: "عقد بمقتضاه يكل

شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه".

(2) د. سليمان مرقس، عقد كفالة، ط1، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1958، ص96.

(3) تنص المادة (1021) من القانون المدني العراقي على أنه "يفرض في الكفالة إنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء العدين بالدين مالم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط. أو كان قد تضامن مع المدين" وهو ذات المبدأ الذي قرره محكمة التمييز العراقية في قرارها ذو الرقم 173/حقوقية ثلاثة / 1969 بتاريخ 1969/12/31، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، ص384.

(4) أبو اليزيد علي الميثيت، الكفالة التضامنية، بحث منشور في مجلة المحاماة، العدد التاسع، السنة التاسعة والثلاثون، 1959، ص1271.

ولكن مع ذلك فثمة اختلافات بين النظامين يمكن إدراج أهمها بالآتي:

أولاً: إن مصدر التضامن المصرفي هو نص القانون، في حين إن مصدر التضامن في الكفالة التضامنية هو الاتفاق أو نص القانون، إذ إن الأصل (كما ذكرنا) أن لا تضامن بين الكفيل والمدين المكفول وهو ما نصت عليه صراحة المادة (1030) من القانون المدني العراقي بالقول «1- لا تضامن بين الكفيل والمدين ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة أو عقد منفصل. 2- أما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية فيكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين».

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية في العديد من قراراتها على عدم إمكانية افتراض التضامن بين المدين وكفيله ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك فارق آخر مفاده أنه في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد ويعتقد واحد، فإن الدين يقسم عليهم ولا يجوز للدائن مطالبة كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة⁽²⁾، ما لم يتنازل الكفلاء عن حق التقسيم، سواء أكان ذلك

(1) انظر قرار محكمة التمييز العراقية رقم 813/حقوقية/1962 بتاريخ 1962/5/31، مجلة القضاء، العدد الرابع، السنة الحادية والعشرون، 1966، ص 120، كذلك قرارها رقم 1475/حقوقية/1968 بتاريخ 1969/10/20، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، ص 386. كذلك قرارها رقم 173/حقوقية ثلاثة/1969 بتاريخ 1969/12/31، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، ص 384.

(2) انظر المادة (1024) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (792) من القانون المدني المصري، أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فإنه قد نص في المادة (2026) على أنه إذا التزم عدة أشخاص بصفة كفلاء لمدين واحد بدين واحد فإنهم يكونون ملزمين كلًا منهم بجميع الدين، ثم أورد ذلك بأن نص في نفس المادة على أن لكل من الكفلاء الحق في طلب التقسيم عند مطالبته بكل الدين مالم يكن متضامناً مع غيره من الكفلاء أو متنازلاً عن حق التقسيم.

بالسكوت عن التمسك به إلى أن يحكم عليه بكل الدين أم بقبول الكفيل الالتزام بالتضامن مع المدين، إذ إن تضامنه مع المدين يفيد التزامه وحده بكل الدين، أم بقبول تضامنه مع بقية الكفلاء ولو لم يكونوا متضامنين مع المدين لأن تضامنه فيما بينهم يجعل كل واحداً منهم مسؤولاً عن كل الدين ويحرمه من حق التقسيم⁽¹⁾، أما في الأوراق التجارية فإن تعدد الملتزمين من درجة واحدة يجعلهم متضامنين في مواجهة الدائن (حامل الورقة التجارية)، ومن ثم فإن كل منهم يكون مسؤولاً عن كل الدين الصرفي.

ثانياً: في التضامن الصرفي يكون الدائن (الحامل) ملزم بمطالبة المسحوب عليه (بالنسبة للحالة التجارية والصك) أو المحرر (بالنسبة للسند للأمر) أولاً فإن امتنع عن الوفاء جاز له الرجوع على باقي المتضامنين ليطالبه بقيمة الورقة التجارية بعد إثبات امتناع المسحوب عليه أو المحرر عن الوفاء عن طريق عمل احتجاج عدم الوفاء؛ أما في الكفالة التضامنية فإن للدائن الحرية في البدء بمطالبة المدين أو الكفيل المتضامن أو مطالبتهم معاً، وهو ما نصت عليه المادة (1031) من القانون المدني العراقي بالقول «إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فالدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل...».

ثالثاً: في الكفالة التضامنية يكون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين المكفول⁽²⁾ وقد جاء بإحدى قرارات محكمة النقض المصرية بأن «التزام الكفيل متضامناً كان أو غير متضامن هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلي»⁽³⁾؛ أما في التضامن الصرفي فإن التزام كل موقع على الورقة التجارية مستقل عن التزامات غيره من الموقعين الآخرين استناداً لمبدأ استقلال التوقيعات السائد في

(1) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 108.

(2) د. أبو اليزيد علي المتين، المرجع السابق، ص 1273.

(3) قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1976/3/15، لحمد صني، المرجع السابق، ص 408.

الأوراق التجارية، ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

1- يترتب على بطلان التزام المدين المكفول، في الكفالة التضامنية، بطلان التزام الكفيل أما بالنسبة للأوراق التجارية، فالأصل فيها إن بطلان التزام أحد الموقعين عليها لا يترتب عليه بطلان التزام غيره من المتضامنين الصرفيين، وهو ما قضت به المادة (47) من قانون التجارة العراقي بالقول «إذا حملت الحوالة توقيعات أشخاص ليس لهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة أو لأشخاص وهميين أو توقيعات غير ملزمة لأسباب أخرى لأصحابها أو لمن وقعت الحوالة بأسمائهم، فإن للترامات غيرهم من الموقعين عليها تبقى مع ذلك صحيحة»⁽¹⁾. وقد خرج المشرع التجاري عن هذا الأصل في حالة الضامن (الاحتياطي)، إذ رتب على بطلان التزام المضمون لعيب في الشكل بطلان التزام الضامن⁽²⁾، وهذا ما يمكن استخلاصه من مفهوم المخالفة لنص المادة (82) من قانون التجارة العراقي ولتي جاء فيها «ويكون التزام الضامن صحيحاً ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب غير عيب في الشكل»⁽³⁾.

2- في الكفالة التضامنية للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع الخاصة به والناجمة عن عقد الكفالة وبجميع الدفوع الخاصة بالمكفول، ومن ثم يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن ببطلان التزامه أو ببطلان التزام المدين لانعدام الرضا أو لعيب في الشكل أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لأي سبب آخر من أسباب بطلان الالتزام⁽⁴⁾.

(1) نقابها المواد (114) من قانون تجاري لفرنسي، (386) من قانون تجارة المصري.

(2) للتفصيل انظر: المختار بكور، تبعية التزام الضامن الاحتياطي وقاعدة عدم التمسك بالدفوع، بحث منشور في المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد الثامن عشر، 1985، ص 10.

(3) نقابها للمواد (32) من قانون جنيف الموحد، (163) من قانون التجارة الأردني.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 10، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 151.

أما في الأوراق التجارية فإن الأمر مختلف إذ إن المتضامن الصرفي لا يستطيع التمسك بالدفع الشخصية الخاصة به قبل الحامل حسن النية استناداً لقاعدة تطهير الدفع، فضلاً عن عدم إمكانيةه في التمسك بالدفع الشخصية أو الموضوعية الخاصة بغيره من المتضامين الصرفيين استناداً لمبدأ استقلال التوافيق⁽¹⁾، باستثناء حالة الضامن (الاحتياطي) فيما يتعلق بالدفع بالبطلان تبعاً لبطلان التزام المضمون لعيب في الشكل.

رابعاً: إن محل التزام المتضامين صرفياً هو مبلغ من النقود لأن محل الورقة التجارية يجب أن يكون دائماً مبلغاً من النقود وإلا انقلبت إلى سند عادي، في حين يلاحظ إن المحل في الكفالة التضامنية يمكن أن يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، بمعنى أنه لا يشترط أن يكون ديناً نقدياً ما دام يمكن تقديره بصورة نقدية أو يترتب على عدم تنفيذه للحكم بالتعويض⁽²⁾.

(1) تنص المادة (57) من قانون التجارة العراقي على أنه ((ليس لمن أقيمت عليه دعوى بحالة أن يحتج على حاملها بالدفع المبنية على علاقاته الشخصية بساحبها أو بحاملها السابقين ما لم يكن الحامل وقت حصوله على الحوالة قد تصرف بقصد الإضرار بالمدين))، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية بأنه ((لا تسمع تجاه الحامل الدفع المبنية على العلاقات الشخصية مع المظهر إلا إذا قصد الحامل الإضرار بالمدين وقت حصوله على الورقة))، قرار رقم 1363 /معدنية رابعة/ 1976 بتاريخ 1976/6/20، مجموعة الأحكام المدنية، للعدد الثاني، السنة الثامنة، ص 90، كذلك قرارها رقم 348 /معدنية أولى/ 1989 بتاريخ 1990/1/11، إبراهيم المشاهدي، لمبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز، القسم التجاري، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1994، ص 23.

(2) د. محمد علي عرفة، التقنين المدني الجديد (شرح مقارن على النصوص)، ط2، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1955، ص 568.

خامساً: إن الكفالة التضامنية تعتبر مدنية وإن كان الكفيل تاجراً، وهو ما قضت به المادة (1016) من القانون المدني العراقي بالقول «كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية حتى لو كان الكفيل تاجراً»، في حين إن للترام المتضامنين المصرفيين يُعد عملاً تجارياً، وهو ما نصت عليه المادة (1016) من القانون المدني العراقي وأكثته المادة (6) من قانون التجارة العراقي⁽¹⁾، وينتج عن ذلك عدة فروقات بين النظامين من حيث القانون الذي يحكمهما أو من حيث سعر الفائدة القانوني أو من حيث جواز أو عدم جواز إعطاء مهلة قضائية... (وحسب للتفصيل الذي ذكرناه عند تناولنا لمسألة تمييز التضامن المصرفي عن التضامن للمدني).

سادساً: إن الكفيل المتضامن ملزم بخود كفالاته⁽²⁾، ومن ثم لا يمكن مطالبته بأكثر من ذلك، وإذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله فله الرجوع على المدين بما أدى بموجب الدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة أو الإثراء بلا سبب، كما يستطيع أن يرجع بموجب دعوى الحلول محل الدائن⁽³⁾. وإذا كان التضامن حاصلاً بين الكفلاء أنفسهم ففي هذه الحالة لا يرجع الكفيل

(1) نصت المادة (1016) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية ((على إن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تطهير هذه الأوراق تكون دائماً كفالة تجارية))، أما للمادة (6) من القانون التجاري العراقي فإنها نصت على أنه ((يكون إنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة للقائم بها وإيته)).

(2) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1959 / حقوقية / 1999 بتاريخ 2000/2/26، للمجلة القضائية، للسنة الرابعة، للعدد الثاني، شباط، 2000، ص 237-238.

(3) انظر المواد (1033) من القانون المدني العراقي، (799) من قانون المدني المصري.

المتضامن (إذا أدى المبلغ الذي التزم به للدائن) بكل ما أداه على سائر الكفلاء بل يرجع بحصته في الدين وينصيبه في حصة المعسر منهم⁽¹⁾. أما في التضامن الصرفي فإن أداء أحد الملتزمين المتضامنين مبلغ الورقة التجارية للحامل يخوله الرجوع بموجب الدعوى الصرفية على جميع الموقعين السابقين عليه بالمبلغ الذي أداه وبفوائده القانونية من تاريخ الاستحقاق إضافة إلى المصاريف التي تحملها.

الفرع الرابع: تمييز التضامن الصرفي عن التضامن

التضامن⁽²⁾ يعني مساهمة عدة أشخاص مسؤولية كاملة تجاه الدائن من غير تضامن بينهم⁽³⁾، وهو نظام ابتدعه الفقه والقضاء الفرنسيان نتيجة لإغفال المشرع الفرنسي النص على التضامن بين المسؤولين عن العمل غير المشروع⁽⁴⁾، ويتفق نظام التضامن مع التضامن الصرفي في قيامهما على وحدة محل الالتزام وتعدد الروابط بحيث يكون كل مدين في كليهما مسؤولاً

(1) انظر نص المادة (1032) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (796) من القانون المدني المصري.

(2) التضامن لفظ مشتق لغة من الفعل: (ضم - يضم) وهو بمعنى الانضمام والاجتماع، يقال تضام القوم أي انضم بعضهم إلى بعض ومنها قول أبي ذؤيب:
فألغى القوم قد شربوا فضموا أمام القوم منطلقهم لسيف

أي انهم اجتمعوا وضموا إليهم ذوابهم ورحالهم وقد حذف هنا المفعول به (محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، المرجع السابق، المجلد 12، ص 358).

(3) د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، دار المعارف، مصر، 1962، ص 283.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج1، ص 1053، هامش رقم 1. د. إبراهيم الدسوقي، الإعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، دار النهضة العربية، 1975، ص 384.

عن كل الدين قبل نفس الدائن وإن وفاء أحد المدينين يبرئ سائر المدينين الآخرين، وفي كل منهما لا يستطيع الملزم التمسك بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الملزمين.

ولكن مع ذلك يختلف التضامن الصرفي عن التضامن من عدة جوانب يمكن إجمال أهمها بالآتي:

أولاً: إن من مقتضى التضامن أن يكون مصدر الدين متعدداً⁽¹⁾، ولا يشترط أن يكون مصدر التزام المتضامين متماثلاً؛ فقد يكون مصدر التزامهم عقداً أو عملاً غير مشروع أو أن يكون مصدر التزام بعضهم عقداً في حين يكون مصدر التزام البعض الآخر عملاً غير مشروع، مثال ذلك إن كلاً من شركة التأمين والمؤمن له مسؤولان في مواجهة المضرور بتعويضه عن كامل الضرر الناتج عن فعل المؤمن له، ولا شك إن مصدر التزام شركة التأمين هو عقد التأمين في حين إن مصدر التزام المؤمن له هو العمل غير المشروع⁽²⁾، وإلى هذا المعنى ذهبت محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها بالقول «إذا كان الحكم قد اعتبر الشركة الطاعنة (شركة التأمين) ملزمة بالتعويض بموجب عقد التأمين المبرم بينهما وإن للشركة المطعون ضدها الثانية ملزمة به نتيجة الفعل الضار فانهما تكونان ملتزمين بدين واحد له مصدران مختلفان ومن ثم تتضامن ذمتهما في هذا الدين دون أن تتضامن، إذ إن الالتزام التضامني يقتضي وحدة المصدر»⁽³⁾.

-
- (1) د. عز الدين الدناصري و د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 502.
 - (2) للمزيد من الأمثلة حول التضامن يمكن الرجوع إلى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج3، ص 288-293.
 - (3) قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1966/2/27، نقلاً عن د. عز الدين الدناصري و د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 507.

أما في الورقة التجارية فإن مصدر الالتزام المصرفي للمدينين المتضامنين واحداً وهو التوقيع على الورقة التجارية⁽¹⁾.

تجدر الإشارة هنا إلى وجود جانب من فقهاء القانون التجاري ممن يرون إن مصدر للالتزام الموقعين على الورقة التجارية يعتبر متعدداً بحيث يكون لكل ملتزم مصرفي مصدر دين مستقل عن مصدر ديون الآخرين مما يدعو للقول بأن الملتزمين صرفياً هم متضامون لا متضامنون⁽²⁾؛ والواقع إن هذا الرأي محل نظر، ذلك لأن مصدر الالتزام المصرفي واحداً وهو التوقيع على الورقة التجارية والذي يختلف من ملتزم لآخر هو سبب الالتزام المصرفي وليس مصدر ذلك الالتزام.

ثانياً: أساس التضامن المصرفي هو نص القانون⁽³⁾، في حين إن أساس التضامن هو طبيعة الأثنية ذاتها التي جعلت من عدة أشخاص ملتزمين تجاه الدائن بأداء مماثل ويرجع ذلك إلى تعاصر التزامات هؤلاء الملتزمين، ففي مثال عقد التأمين (الذي ذكرناه) نجد إن شركة التأمين ملزمة بموجب عقد التأمين بدفع مبلغ التأمين للمضرور، كما يلزم المؤمن له (مرتكب الفعل الضار) بدفع المبلغ ذاته للمضرور، فيكون للأخير أن يرجع على أي منهما بكل مبلغ التعويض دون أن يكون بينهما تضامن تجاهه.

(1) د. عبد الله محمد العمران، المرجع السابق، ص 185.

(2) د. علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، القاهرة، 1973، ص 297.

(3) انظر المادة (106) من قانون التجاري العراقي والمقابلة للمواد (47) من قانون جنيف الموحد لعام 1930، (44) من قانون جنيف الموحد لعام 1931، (151) من القانون التجاري الفرنسي، (442، 521) من قانون التجارة المصري النافذ، (69) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

ثالثاً: للدائن في التضامن المصرفي الرجوع على المتضامنين صرفياً بالدعوى المصرفية بعد مطالبة المسحوب عليه وعمل احتجاج لعدم الوفاء، أما في التضامن فللدائن الرجوع على أي من المتضامنين كل بحسب مصدر دينه، بحيث يستطيع أن يرجع بموجب المسؤولية العقدية على من يكون مصدر التزامه عقداً، وبموجب المسؤولية التقصيرية على من يكون مصدر التزامه عملاً غير مشروع.

رابعاً: في التضامن المصرفي توجد نيابة تبادلية فيما ينفع لا فيما يضر المدنيين المتضامنين⁽¹⁾، في حين أنه لا توجد مصلحة مشتركة بين الملزمين المتضامنين لأن مصدر الالتزام التضامني متعدداً فتتعدم المصلحة المشتركة بين المتضامنين، وبالتالي لا تكون هناك نيابة متبادلة بينهم⁽²⁾، مما دعا بعض فقهاء القانون المدني إلى القول بأن مركز المدين المتضامم هو أسوأ من مركز المدين المتضامن، ومناطق ذلك وجود النيابة التبادلية لمصلحة المتضامنين في التضامن وعدم وجودها في الالتزام التضامني⁽³⁾.

خامساً: في التضامن المصرفي إذا وفي أحد المتضامنين بمبلغ الورقة التجارية فله الرجوع على جميع الملزمين السابقين عليه بالمبلغ الذي دفعه إضافة إلى فوائده القانونية، من وقت الدفع، وجميع المصاريف التي تحملها للموفي⁽⁴⁾.

(1) د. حافظ محمد إبراهيم، القانون التجاري العراقي، ط1، مطبعة المعارف، بغداد، 1955، ص223.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج3، ص 287، د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 352.

(3) د. عز الدين الدناصورى و د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص505.

(4) انظر المادة (108) من قانون التجارة العراقي والمقابلة للمواد (49) من قانون جنيف الموحد، (153) من القانون التجاري الفرنسي، (57) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، (71) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

أما في التضام فان الأمر مختلف بعض الشيء إذ إن إمكانية الموفي في الرجوع على غيره من الملتزمين تختلف من حالة لأخرى، ففي مثال عقد التأمين إذا ما دفعت شركة التأمين مبلغ التأمين للشخص المضرور فليس لها رجوع على المؤمن له، أما إذا كان المؤمن له هو الذي دفع مبلغ التعويض للشخص المضرور جاز له الرجوع على شركة التأمين بمبلغ التأمين فقط حتى وإن كان أقل من مبلغ التعويض الذي دفعه.

المبحث الثاني

نطاق التضامن المصرفي

تنص المادة (106) من قانون التجارة العراقي النافذ على انه «أولاً: الأشخاص الملزمون بموجب الحوالة مسؤولون بالتضامن تجاه حاملها»⁽¹⁾.

إن التمعّن بهذا النص يظهر لنا مسألتين في غاية الأهمية:

الأولى إن التضامن المصرفي لا يتحقق الا بين الملزمين صرفياً، والواقع إن الموقع لا يوصف بأنه متضامناً صرفياً الا إذا كان التزامة صحيحاً، ذلك لان التضامن هو وصف يلحق بالالتزام⁽²⁾، وبالتالي فلا بد من صحة التزام الموقع لكي يمكن القول بتحقيق مسؤوليته التضامنية. وصحة الالتزام المصرفي لا تنأتى من مجرد التوقيع على الورقة التجارية، بل لابد أن تتوفر في الموقع المؤهلات القانونية للالتزام بموجب تلك الورقة.

اما المسألة الثانية فهي إن المشرع التجاري العراقي لم يورد تعداداً لأشخاص التضامن المصرفي، بل اورد نصاً مطلقاً على مسؤولية جميع الملزمين بالورقة التجارية مسؤولية تضامنية، وهو اتجاه حسن لتجنب ما قد يحدثه التعداد من اغفال ذكر بعض الملزمين المصرفيين، وهو الإشكال الذي وقعت به بالفعل اغلب القوانين التي أوردت تعداداً لأشخاص التضامن المصرفي حيث اغفلت ذكر بعض الملزمين كالمقابل بالتدخل⁽³⁾.

(1) لا يقتصر هذا النص على الحوالة التجارية فقط، بل يسري ايضاً على السند للأمر والصك تطبيقاً لنص المادتين (135، 137) من قانون التجارة العراقي النافذ.

(2) د. بدر جاسم اليقوي، اصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط1، الكويت، 1981، ص 388.

(3) انظر المواد (47) من قانون جنيف الموحد لعام 1930، (151) من القانون التجاري الفرنسي، (185) من قانون التجارة الاردني.

وبغية التركيز على كل مسألة من هاتين المسألتين، فيكون من المناسب تناول شروط صحة الالتزام المصرفي (المطلب الاول)، والنطاق الشخصي للتضامن المصرفي (المطلب الثاني).

المطلب الاول

شروط صحة الالتزام المصرفي

لما كان الالتزام بموجب الورقة التجارية يعتبر تصرفاً ارادياً فكان لازماً لصحة ذلك الالتزام أن يكون الموقع أهلاً للالتزام المصرفي، وأن تكون ارادته قد اتجهت نحو الالتزام المصرفي، وأن يُعبر عن ارادته باتخاذ شكل التعبير الذي فرضه عليه المشرع التجاري، لذا يقتضي الأمر البحث في اهلية الالتزام المصرفي (الفرع الاول)، وبيان اتجاه الارادة للالتزام المصرفي (الفرع الثاني).

الفرع الاول: اهلية الالتزام المصرفي

يُعد انشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملاً تجارياً مطلقاً بموجب المادة السادسة من قانون التجارة العراقي، ومن ثم يشترط فيمن يوقع عليها أن يكون أهلاً للقيام بالأعمال التجارية. ويُلاحظ على القوانين التجارية في الدول المختلفة انها لم تنظم المسائل المتعلقة بالأهلية، ومن ثم لابد من البحث في ثانيا القانون المدني لمعرفة شروط الاهلية اللازمة للقيام بالعمل التجاري، علماً بأن هناك بعض القوانين، كقانون الحوالات التجارية الانكليزي (المادة 22) وقانون التجارة الارمني (المادة 15)، قد نصت صراحة على اخضاع الاهلية التجارية لأحكام القانون المدني.

وتختلف أهلية الشخص المعنوي عن اهلية الشخص الطبيعي، فالشخص المعنوي يتحدد أهليته وفقاً لما ينص عليه سند نشأته (العقد أو القانون المؤسس)⁽¹⁾.

أما الشخص الطبيعي فإن أهليته تتحدد ببلوغه سن الرشد دون أن يعتبره عارض من عوارض الأهلية، ويختلف سن الرشد باختلاف القوانين في الدول المختلفة.

فقد حدد قانون العائلة الانكليزي لعام 1969 من الرشد بابتداء الموعد السنوي لتاريخ ميلاد الشخص الثامن عشر⁽²⁾، في حين حددته القوانين المدنية لبعض الدول بإتمام الثامنة عشرة من العمر⁽³⁾. فيما اعتبرت قوانين دول أخرى سن الرشد بإتمام الحادية والعشرين من العمر⁽⁴⁾.

ويُلحق بحكم البالغ من الرشد الصبي المأثور له بالتجارة، وهذا مورد اختلاف آخر بين قوانين الدول المختلفة، فبينما اشترطت بعض القوانين

(1) انظر المواد (4/48) من القانون المدني العراقي، (53) من القانون المدني المصري. أما في القانون الانكليزي فإن اهلية الشركة تختلف باختلاف التشريع الذي تتأسس بموجبه فإن كانت الشركة مؤسسة بمرسوم ملكي فيكون لها اهلية واسعة لا حدود لها بعكس الشركة المؤسسة بتشريع من البرلمان او بموجب قانون للشركات لعام 1985 والتي تكون اهليتها مقيدة وفقاً للسلطات الممنوحة لها. نقلاً عن د. مجيد حميد العنبيكي، مبادئ المقعد في القانون الانكليزي، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2001، ص 60 - 62.

(2) المادة الاولى من تشريع اصلاح قانون العائلة الانكليزي لعام 1969، نقلاً عن د. مجيد العنبيكي، مبادئ المقعد...، المرجع السابق، ص 51.

(3) انظر المواد (106) من القانون المدني العراقي، (43) من القانون المدني الاردني، (46) من القانون المدني السوري، (215) من قانون للموجبات والعقود البدائي.

(4) انظر المواد (244) من القانون المدني المصري، (244) من القانون المدني الليبي.

لإعطاء الاذن أن يكون الصبي قد بلغ الخامسة عشرة من العمر، كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني العراقي (المادة 98)، نجد جانباً آخرًا من القوانين كالقانون المدني المصري (المادة 112)، قد اشترطت إعطاء الاذن بلوغ الصبي للثامنة عشرة من العمر.

وتشمل احكام الاهلية للرجل والمرأة على حد سواء، ومن ثم يمكن للمرأة، اسوة بالرجل، سواء أكانت متزوجة لم غير متزوجة أن تكون من الملتزمين الصرفيين بأية صفة كانت.

تجدر الإشارة الى أن قانون التجارة البرية اللبناني كان ينص في المادة (11)، قبل صدور القانون رقم 380 لسنة 1994، على عدم تملك المرأة للأهلية التجارية؛ بيد أن تلك المادة قد عُلّت بصور القانون المذكور، ليُصبح النص الجديد على النحو الآتي «تملك المرأة المتزوجة الأهلية الكاملة لممارسة الاعمال التجارية».

وذات الحكم كان مطبقاً في فرنسا قبل صدور قانون 8 شباط 1922، إذ كانت المرأة المتزوجة ممنوعة من الالتزام الصرفي، أما بعد صدور هذا القانون اصبح لها الحرية في انشاء الالتزام الصرفي، كما إن القانون الانكليزي قبل صدور قانون المرأة المتزوجة لعامي 1935 و 1949 كان يعتبر المرأة غير قادرة على أن تلتزم بموجب الورقة التجارية، أما بعد صدور تلك القوانين فقد أصبحت المرأة أهلاً للالتزام الصرفي⁽¹⁾.

إن اختلاف القوانين في تحديد سن الرشد، قد يثير تنازعاً بين القوانين حول تحديد القانون الذي يحكم أهلية الموقع على الورقة التجارية في

Maurice Megrah and Frank R. Ryder, Byles on bill of exchange, 25th (1) edition, London, 1983, p. 55.

حالة ما إذا وقّع شخص ورقة تجارية في دولة يشترط قانونها سناً للرشد يختلف عن السن الذي يشترطه قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، فما هو القانون الذي يُرجع إليه في تحديد أهلية الموقع ؟

لقد نصت غالبية القوانين التجارية على ضرورة الرجوع، في تحديد أهلية الالتزام الصرفي، إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته، ثم استدركت الأمر، ونصت على أنه إذا كان قانون تلك الدولة يعتبر الموقع ناقص الأهلية، فإن التزامه الصرفي يبقى صحيحاً إذا وضع توقيعه على الورقة التجارية في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية، وهذا هو اتجاه قانون جنيف الموحد والقوانين المستمدة منه ⁽¹⁾.

أما فيما يخص قانون الحوالات التجارية الانكليزي، فإنه لم يتضمن نصاً حول موضوع القانون الذي يحدد الأهلية اللازمة لإنشاء الورقة التجارية، أو العقود المرتبطة بها، مما يقتضي الأمر ضرورة الرجوع إلى القواعد العامة في القانون الانكليزي التي تحكم الأهلية العقدية، وبموجب تلك القواعد، فإن الأهلية يتم تحديدها وفقاً لقانون المكان الذي يقيم فيه الشخص (قانون الموطن)، ولكن المشرع الانكليزي، قد أضاف لهذا المعيار معياراً آخر، ليخفف من غلواء قانون الموطن، فأجاز للمحكمة الاعتماد في تحديد أهلية الشخص بالاستناد إلى القانون الذي يتبعه ذلك الشخص بجنسيته ⁽²⁾.

وقد يحصل أن يوقع تاجر على ورقة تجارية بعد أن تنشر المحكمة افلاسها، فهل يؤثر ذلك الاثبات على صحة الالتزام الصرفي للتاجر المفلس؟

(1) انظر المواد (2) من قانون جنيف الموحد، (48) من قانون التجارة العراقي النافذ، (630) من قانون التجارة الأردني، (388) من قانون التجارة المصري النافذ.

(2) See: Robert Charles Alsop, International Law of Commercial, Law-Book, 2nd edition, London, 1961, P. 447 – 448.

يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى إن لشهار الافلاس لا يفقد التاجر اهليته بل يبقى متمتعاً بأهلية كاملة، بحيث يستطيع التعامل مع الغير ولكن هذا التعامل لا يمكن التمسك به قبل دلتنيه، ومن ثم فإن توقيع المفلس على الورقة التجارية يُعد صحيحاً في علاقة المفلس بمن تعامل معه ولكن لا ينتج اثاره الا عند انتهاء التقليسة واسترداد المفلس لأمواله⁽¹⁾.

وقد تحرّم بعض القوانين على بعض الأشخاص، كالموظف او المحامي، القيام بالأعمال المتعلقة بالتجارة ومن ضمنها التعامل بالأوراق التجارية، ولكن مع ذلك فإن هذا التحريم لا يؤثر على صحة الالتزام الصرفي للموقع المحرّم عليه القيام بتلك الأعمال وإن كان بالإمكان توقيع العقوبات الانضباطية التي فرضتها تلك القوانين بحقه⁽²⁾، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية بأن «قبول المحامي تظهير الكمبيال باسمه يعرضه للعقوبات الانضباطية المنصوص عليها في قانون المحاماة، ويبقى التظهير صحيحاً»⁽³⁾.

ولما كان المشرع التجاري قد اشترط توافر الاهلية اللازمة للقيام

(1) د. عزيز المكي، احكام الافلاس والصلح الوالي، عمان، 1997، ص 186؛ د. اكرم

ياملكي، القانون التجاري، الأوراق التجارية، ط1، بغداد، 1976، ص 20.

(2) د. صلاح الدين الناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري، احكام الأوراق التجارية،

ط4، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1962، ص 69؛ د. مصطفى كمال طه،

الأوراق التجارية... المرجع السابق، ص 33-34.

(3) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 404 /مدنية ثالثة / 1974 بتاريخ 19/11/1974،

النشرة القضائية، العدد الرابع، للسنة الخامسة، ص 144. انظر في المعنى نفسه أيضاً

قرار محكمة التمييز العراقية رقم 426 /مدنية أولى/ 1975 بتاريخ 19/11/1975

مجموعة الاحكام المدنية، العدد الرابع، للسنة السادسة، 1975، ص 89.

بالتصرفات القانونية، لصحة التزام الموقع على الورقة التجارية فان توقيع ناقص الاهلية او عديمها لا يقصمه في طائفة الملتزمين للصرفيين إذ إن التزامه الصرفي يكون باطلاً وببطلان التزامه ينعدم تضامته مع غيره من الملتزمين للصرفيين⁽¹⁾، حتى وإن كان القاصر سيء النية مرتكباً لوسائل الاحتيال التي توهم للغير وتجعله يعتقد عن غلط انه يتعاقد مع شخص كامل الاهلية⁽²⁾، لان نص المشرع التجاري الخاص ببطلان التزامات ناقص الاهلية او عديمها قد جاء بشكل مطلق و«المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يَمِّ دليل التقييد نصاً او دلالة»⁽³⁾، وهذا على خلاف ما يذهب اليه غالبية الفقه التجاري الفرنسي الذين يرون إن القاصر لا يمكنه التمسك ببطلان التزامه تجاه الحامل حسن النية متى كان القاصر كامل الشعور بما ارتكبه من غش تجاه الغير، كأن يقدم أوراقاً مزورة لإثبات كمال اهليته، مستندين في رأيهم هذا إلى المادة (1310) من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بعدم امكانية القاصر من الدفع بالقصر ضد الالتزامات الناشئة عن الجرائم واثبات الجرائم التي ارتكبتها⁽⁴⁾.

(1) انظر المواد (22) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، (114) من القانون التجاري الفرنسي، (46) من قانون التجارة العراقي، (385، 479) من قانون التجارة المصري النافذ. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية بأن ((تظهير الصغير باطلاً))، قرار رقم 884 /مدينية ثلاثة /1974 بتاريخ 1974/9/5، الشرة القضائية، العدد الثالث، لسنة الخامسة، 1974، ص119.

(2) د. صلاح الدين الناهي، الوسيط.... المرجع السابق، ص71؛ د. علي سلمان العبيدي، عدم التمسك بالدفع في قانون الصرف المغربي، بحث منشور في المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد الثاني، 1977، ص61.

(3) المادة (160) من القانون المدني العراقي.
(4) See: Lescot et. Roblot, op. cit., p. 151; Rene Roblot, op. cit., p. 97.

الفرع الثاني: اتجاه الإرادة للالتزام الصرفي

إن صحة الالتزام الصرفي تتوقف على ضرورة وجود الإرادة، لأن التصرفات القانونية ترتكز بصورة أساسية عليها⁽¹⁾.

والإرادة كما هو معلوم شيء معنوي كامن في النفس البشرية لا يمكن الوقوف على صورته أو تحديد معالم شكله أو تبين محتواه أو طبيعته إلا من خلال التعبير، ذلك المظهر المادي الذي يمثل النافذة الوحيدة التي يمكن من خلالها أن نطل على الإرادة لنتعرف على ما اتجهت إليه.

وفي إطار الأوراق التجارية يتخذ التعبير عن الإرادة مظهراً مادياً وهو التوقيع عليها، فالتوقيع إذن يمثل الأسلوب التحريري الوحيد للتعبير عن اتجاه الإرادة للالتزام الصرفي ولا يغني عنه أي أسلوب آخر.

فالتوقيع وإن كان من الشروط الشكلية لإنشاء أو تظهير أو ضمان أو قبول الورقة التجارية فإنه يمثل ركن الرضا في تلك التصرفات التي ترد على الورقة للتجارية⁽²⁾، وقد نصت المادة (23) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي على أن الشخص لا يكون مسؤولاً كمساحب أو مظهر أو قابل مالم يوقع على السند بتلك الصفة.

وتوقيع الشخص على الورقة التجارية يتخذ واحداً من صور ثلاث فهو إما أن يوقع باسمه ولمصلحته (الفقرة الأولى)، أو أن يوقع باسمه نيابة عن شخص آخر (الفقرة الثانية)، وقد يوقع باسم شخص آخر (الفقرة الثالثة).

(1) جاء في قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1983/2/23 بأن ((العد الذي يقوم على إرادة غير موجودة هو عقد باطل))، مجموعة لمبادئ لقانونية...، لمرجع السابق، ص 18.

(2) د. فوزي محمد سامي ود. فائق للشماع، القانون التجاري، الأوراق التجارية، مطبعة جامعة بغداد، بدون سنة طبع، ص 27.

الفقرة الاولى: توقيع الشخص باسمه ولحسابه

يقوم الأشخاص في الغالب بالتوقيع على الورقة التجارية بأسمائهم ولمصلحتهم، وفي هذه الصورة يكون الموقعون ملتزمون صرفياً بأداء قيمة الورقة التجارية، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاردنية بأنه «طالما أن المدعى عليه (المميز) قد اقر بتوقيعه على الشيك فإنه يكون ملزماً بأداء قيمته»⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: التوقيع نيابة عن شخص آخر

النيابة هي حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل في ابرام تصرف قانوني مع انصراف الاثر القانوني لهذه الارادة إلى شخص الاصيل كما لو كانت الارادة صادرة منه⁽²⁾، ويجوز للنائب أن يقوم بإجراء التصرفات القانونية المختلفة نيابة عن الاصيل ومنها الاعمال المتعلقة بالأوراق التجارية انشاءً او نظهيراً او قبولاً او ضمناً... وقد جاء في المادة (36) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988 بأنه «يجوز توقيع الشيك من قبل وكيل»⁽³⁾، والاصل (كما ذكرنا) أن اثر توقيع النائب ينصرف إلى نمة الاصيل ومن ثم يكون هو الملتزم المصرفي والمسؤول مسؤولية تضامنية مع باقي الملتزمين المصرفيين ولكن ينبغي توفر الشروط الآتية:

أولاً: أن تكون النيابة ظاهرة، بمعنى أن يدرج النائب عند توقيعه على الورقة

(1) قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 951/حقوقية/1998 بتاريخ 1998/6/18، المجلة القضائية، السنة الثانية، المجلد الثاني، العدد السادس، حزيران 1998، ص 129-130.

(2) د. عبد الرزاق السهوري، الوسيط...، ج 1، المرجع السابق، ص 203.

(3) وقد قضت محكمة التمييز العراقية بأن ((الوكيل العلم حق نظهير الورقة التجارية إذا كانت وكلته العلم تخوله حق القبض والقبض))، قرار رقم 1050 /هيئة عامة/ 1971 بتاريخ 1972/2/19، النشرة القضائية، العدد الاول، السنة الثالثة، 1973، ص 111

التجارية ما ينبه على وجود النيابة وأن ينكر اسم للشخص الاصيل⁽¹⁾، لما إذا لم يذكر النائب ما يدل على وجود النيابة فيكون هو المسؤول صرفياً باعتباره طرفاً اصيلاً وللحامل الرجوع عليه بدعوى الصرف، نظراً لما يتضمنه توقيعهم على الورقة التجارية من معنى الاعتراف بالمديونية لحاملها والتعهد بدفع قيمتها في ميعاد استحقاقها⁽²⁾؛ وقد نصت على ذلك صراحةً المادة (36) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988 بالقول «3- وكذلك إذا وقع على الصك وكيل مفوض في التوقيع ولكن دون أن يبين في الصك أنه يوقع بصفته وكيلاً عن شخص معين بالاسم او مع ذكر صفته في الصك كوكيل ولكن دون أن يعين اسم الموكل، يكون التوقيع ملازماً للشخص الموقع وليس للشخص الذي يدعي أنه يمثل»، وهذا ما نصت عليه كذلك المادة (23) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي⁽³⁾.

(1) ففي القضية (Ringham V. Hackett, 1980) كان (Mr. Hackett and Mr. Walmsely) شركاء وقد فتحا حساباً مشتركاً مع المصرف (Loyds Bank) وتم اصدار دفتر الصكوك باسمهما فضلاً عن اتفاقهما مع المصرف بصرف أي صك موقع من قبل احدهما، قام (Mr. Hackett) بتوقيع صك باسم المؤسسة المشتركة بمبلغ (500 دولار) لفائدة (Paul Ringham) بعدها اختفى (Mr. Hackett) ولم يوافق (Mr. Walmsely) على اصدار ذلك الصك، فاطم المصرف المصحوب عليه بأن يتمتع عن الدفع إلى (Mr. Ringham)، فقام الأخير بتقديم الصك إلى المصرف الا انه لم يحصل على الدفع منه فاقام للدعوى على مؤسسة (Hackett/Walmsely) فقضت محكمة (Court of Appeal) الانكليزية بأن المؤسسة مسؤولة عن ذلك الصك تحت طائلة المادة (23) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، حيث إن الشريك الذي وقع باسمه تحت الاسم المطبوع للمؤسسة يكون قد عمل الصك للمؤسسة وليس له.

See: Smith and Denis, English Law, 8th Edition, Britain, 1986, No. 677, p. 822.

(2) د. حسين محمد سعيد، التزامات وحقوق حامل الورقة التجارية (الشيك - الكمبيالة - السند الاذني)، للنشر عالم الكتب، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 21.

(3) Smith and Denis Keanan, op. cit., p. 465.

ثانياً: أن تكون للنائب سلطة التوقيع على الورقة التجارية.

السلطة هي صلاحية الشخص للتصرف بأموال غيره، ويلزم توافر السلطة لدى النائب كشرط أساسي لإلزام الاصيل صرفياً رغم انه لم يوقع على الورقة التجارية⁽¹⁾. اما إذا وقع شخص على ورقة تجارية بصفته نائب عن شخص آخر بدون تفويض منه او كان قد تجاوز حدود التفويض المخول له، فيكون النائب الكاذب او المتجاوز هو المسؤول مسؤولية صرفية تجاه حامل الورقة التجارية، وهذا ما نصت عليه صراحة اغلب القوانين التجارية⁽²⁾. اما بالنسبة للأصيل المزعوم في حالة النيابة الكاذبة، فلا يكون مسؤولاً عن أي التزام إذ لا يمكن إلزام شخص دون ارادته ودون تفويض منه، اما في حالة النيابة المتجاوزة فيكون ملزماً بحدود المبلغ الذي فوض به النائب⁽³⁾، وفي هذا المجال ينبغي عدم الخلط بين حالتي عدم وجود السلطة (او تجاوزها) وبين اساءة استعمال النائب للسلطة التي اعطيت له، فقد يستخدم النائب السلطة المخولة له فيوقع ورقة تجارية ضمن حدود تلك السلطة ولكنه يستغل السلطة لمصلحته الشخصية لا لمصلحة الاصيل، كما في حالة مدير الشركة الذي يوقع ورقة تجارية باسم شركته مستعملاً مبلغها لمصلحته الشخصية، ففي هذه الحالة فإن الموكل (الشركة في مثالنا) يبقى

(1) انظر المادة (2/36) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(2) انظر المواد (8) من القانون الموحد، (114) من القانون الفرنسي، (49) من قانون التجارة العراقي، (389) من قانون التجارة المصري للالف، (131) من قانون التجارة الاردني، (36) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988، اما المادة (4/26) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي فتلزم الممثل الكاذب بتعويض الضرر الذي يلحق الاغيار من تجاوزه سلطته او عدم تمتعه بأية سلطة تمثيلية ولا تعتبره ملزم بالتزام صرفي بأداء قيمة الورقة التجارية.

(3) د. صلاح الدين الناهي، المبسوط...، المرجع السابق، ص 85-87.

ملتزماً صرفياً تجاه الحامل حسن النية، إذ إن آثار النيابة تنصرف إلى ذمة الاصيل، ولا يمكن للأخير التوصل من الالتزام الصرفي الا عند تحقق شرطين معاً وهما اثبات سوء استعمال النائب لسلطته واثبات سوء نية الحامل، وهو ما كانت تقضي به صراحة المادة (17) من قانون الشركات العراقي الملغي رقم (31) لسنة 1957⁽¹⁾.

ثالثاً: أن يكون الاصيل أهلاً للالتزام الصرفي، اما إذا كان الاصيل ناقص الأهلية او عديمها فلا يكون ملتزماً صرفياً، إذ إن التزامات ناقص الأهلية او عديمها تعتبر باطلة⁽²⁾. ولكن هل يصح مساءلة النائب في هذه الفرضية مساءلة صرفية؟

في الواقع إن المشرع التجاري لم يعالج هذه الفرضية، مما أثار الخلاف بين الفقهاء، فيرى بعض منهم إن النائب يكون مسؤولاً مسؤولية مباشرة قبل الحامل ويكون متضامناً مع بقية الملتزمين الصرفيين قياساً على حالة النائب الكاذب⁽³⁾؛ في حين يرى جانب آخر من الفقهاء بأن النائب عن القاصر لا يكون مسؤولاً صرفياً، ومن ثم لا يبقى للحامل، وإن كان حسن النية، الا

(1) نصت المادة (17) من قانون الشركات العراقي الملغي رقم (31) سنة 1957 (تكون الشركة مسؤولة عن تصرفات مديريها قبل الغير كلما كانت هذه التصرفات ضمن حدود صلاحياتهم وكان تصرفهم مضاعفاً إلى عنوان الشركة التجاري، ولو كان استعمالهم لهذا التوقيع في سبيل مصلحتهم للشخصية مالم يكن الغير سيء النية)).

(2) انظر المادة (640) من قانون التجارة العراقي والمقابلة للمادتين (385، 779) من قانون التجارة المصري النافذ.

(3) د. محمد صالح بك، النظرية الحديثة في مشروع قانون الأوراق التجارية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد للمزدوج (3، 4)، السنة الاولى، 1941، ص 465.

الرجوع عليه بالتعويض عما اصابه من ضرر يتمثل بحرمانه من الرجوع على الاصيل بقيمة الورقة التجارية وتخضع هذه الدعوى لأحكام القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾، وهو رأي جدير بالتأييد، ذلك إن قواعد القانون التجاري تعد استثناء من احكام القواعد العامة لا يجوز التوسع في تفسير احكامها وتطبيقها على المسائل التي لم يتناولها القانون التجاري بالتنظيم، وإنما ينبغي الرجوع في جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص إلى قواعد القانون المدني بوصفه المرجع في كل مالم يرد به نص خاص في القانون للتجاري.

صفوة القول انه متى توافرت الشروط الثلاثة (صفة النيابة، سلطة النائب، اهلية الاصيل)، فعندئذ تتولد علاقة مباشرة بين الاصيل والغير ويختفي شخص النائب من بينهما ويكون الاصيل مسؤولاً مسؤولية صرفية وتضامنية تجاه حامل الورقة التجارية وطرفاً مباشراً ينبغي انخاله في الدعوى للصرفية، وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاردنية في قرار لها جاء فيه «وحيث اقر وكيل المميز بأن التوقيع على الكمبيالات يعود للشريك (س) وحيث إن (س) مفوض بالتوقيع عن الشركة فان الشركة المميزة تنتصب خصماً للشركة المميز ضدها في دعوى المطالبة بقيمة تلك الكمبيالات»⁽²⁾.

الفقرة الثالثة: التوقيع باسم الغير

قد يحصل احياناً أن يوقع الشخص باسم شخص اخر، بمعنى انه يزور

(1) د. حسين محمد سعيد، المرجع السابق، ص22.

(2) قرار محكمة التمييز الاردني رقم 1672/حقوقية/1999 بتاريخ 2000/1/26، المجلة القضائية، السنة الرابعة، العدد الاول، كانون الثاني 2000، ص269.

توقيع شخص آخر، من المؤكد في هذه الفرضية إن الشخص الذي زور
توقيعه لا يكون مسؤولاً بموجب الورقة التجارية⁽¹⁾، ويستطيع التمسك بالدفع
بتزوير توقيعه قبل كل حامل وإن كان حسن النية، إذ إن «الدفع بالتزوير من
الدفع الموضوعية التي لا يطرأ عليها التظهير»⁽²⁾.

ولكن إذا ثبت إن للشخص الذي زور توقيعه قد ارتكب بعض الأخطاء
التي سهلت عملية التزوير، فإنه يكون مسؤولاً تجاه الحامل عن تلك الأخطاء
بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية لا بمقتضى قواعد القانون المصرفي⁽³⁾.

لما فيما يتعلق بالشخص المزور فإنه يُعد مرتكباً لجريمة التزوير، ومن
ثم فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية جنائية، إن أمكن التعرف عليه، ويمكن للحامل
الرجوع عليه بالتعويض بموجب تلك الدعوى أو بموجب الدعوى المدنية،
ولكن لا يمكن للحامل الرجوع عليه بموجب الدعوى المصرفية، لأن القانون
التجاري لم يتطرق إلى إلزام الشخص المزور صرفياً، خلافاً لحالة الدائب
الكاذب أو المتجاوز، مما يحتم الأمر الرجوع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية
في القانون المدني؛ ولم تخالف ذلك من التشريعات التجارية سوى اتفاقية
الاونسيترال لعام 1988 التي نصت صراحةً على إلزام الشخص الذي يوقع
باسم غير اسمه كما لو كان قد وقعه باسمه⁽⁴⁾.

(1) انظر مفهوم المخالفة لنص المادة (47) من قانون التجارة العراقي.

(2) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 134/موسمه اولى /1986 بتاريخ 1986/5/28،

مجموعة الاحكام المدنية، للحداد (2)، 1986، ص 194.

(3) د. علي سلمان العبيدي، عدم التمسك بالدفع...، المرجع السابق، ص 62.

(4) انظر المادة (33) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

المطلب الثاني

النطاق الشخصي للتضامن المصرفي

يتطلب تحديد النطاق الشخصي للتضامن المصرفي التعرف على الأشخاص الملزمين صرفياً (الفرع الاول)، فضلاً عن بحث مسألة مدى إمكانية الملزمين المصرفيين من التخلص من التضامن المصرفي (الفرع الثاني).

الفرع الاول: الأشخاص الملزمون صرفياً

تنشأ الورقة التجارية ابتداءً وهي لا تحمل سوى توقيع واحد هو توقيع الساحب أو المحرر، ثم تتوالى عليها التوقيعات من المظهرين أو الضمّان أو القابلين بالتدخل، فضلاً عن توقيع المسحوب عليه إذا قبل الحوالة، وقد جعل المشرع التجاري مسؤولية جميع الملزمين بموجب الورقة التجارية مسؤولية تضامنية تجاه حامل تلك الورقة.

ولما كان التضامن يمثل وصفاً قد يلحق التزام المدين الاصلي وقد يلحق التزام الكفيل، فإن هذا الامر يثير التساؤل عما إذا كان المتضامنين في الورقة التجارية في مركز قانوني واحد أو في مراكز قانونية شتى، أو بعبارة أخرى هل يُعد المتضامنون في مركز المدين الاصلي المتضامن لم في مركز الكفيل المتضامن؟

ويبحث هذه المسألة يعتبر أمراً مهماً لأن المركز القانوني للمدين المتضامن يختلف عن مركز الكفيل المتضامن من نواح عديدة تجدر الإشارة إلى أهمها كالآتي:

أولاً: إن التزام الكفيل المتضامن تابع لالتزام الشخص المكفول في صحته وبطلانه وبقائه وانقضائه، في حين يُعد التزام المدين الأصلي المتضامن التزاماً مستقلاً عن التزامات غيره من الملتزمين.

ثانياً: يترتب على إفلاس المدين المتضامن سقوط أجل الدين، بينما لا يؤدي إفلاس الكفيل المتضامن إلى سقوط ذلك الأجل.

ثالثاً: إبراء الدائن المدين من الدين يوجب براءة ذمة الكفيل أيضاً، ولكن إبراء الكفيل لا توجب براءة ذمة المدين⁽¹⁾.

رابعاً: تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من ضمانات⁽²⁾، بينما لا يصلح هذا السبب أساساً لإعفاء المدين المتضامن من التزامه قبل الدائن.

خامساً: يجب على الكفيل المتضامن إخطار المدين قبل القيام بوفاء الدين، والا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان الأخير قد وفى الدين، أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقتضي بطلان الدين أو انقضائه، بينما لا يقع هذا الواجب على المدين الأصلي⁽³⁾.

ومن أجل معرفة النطاق الشخصي للتضامن الصرفي وبيان المركز القانوني للمتضامين الصرفيين فإننا سنقوم بإفراد فقرة مستقلة لكل شخص من اشخاص التضامن الصرفي.

(1) انظر المادة (1041) من القانون المدني العراقي.

(2) انظر المواد (1027) من القانون المدني العراقي، (784) من القانون المدني المصري.

(3) د. عزيز العكيلي، انقضاء الالتزام الثابت في الشيك، دراسة في التشريعات المقارنة واتفاقيات جنيف الموحدة، لدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 79.

الفقرة الاولى: الساحب او المحرر

يلتزم ساحب الورقة التجارية او محررها التزاماً صرفياً بضمان قبول المسحوب عليه للحالة التجارية وبضمان اداء قيمة الورقة التجارية في ميعاد استحقاقها⁽¹⁾، وقد يحصل أن يتعدد ساحبو الورقة التجارية فيكونوا مسؤولين جميعاً مسؤولية تضامنية فيما بينهم من جهة، وما بينهم وبين باقي الملتزمين الصرفيين من جهة اخرى، بأداء قيمة الورقة التجارية للحامل في حالة رجوعه عليهم⁽²⁾.

ويجب على صاحب الحوالة او الصك أن يوجد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه⁽³⁾، ولكي يُعدّ مقابل الوفاء موجوداً يجب أن يكون الدين النقدي الذي يمثل ذلك المقابل موجوداً وقت الاستحقاق بالنسبة للحوالة أو وقت الانشاء بالنسبة للصك وأن يكون مستحق الاداء في ذلك الوقت وأن

(1) انظر بشأن التزام ساحب الحوالة المواد (50) من قانون التجارة العراقي، (55) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، (38) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988؛ وانظر بشأن التزام محرر السند للامر المواد (136) من قانون التجارة العراقي، (88) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، (39) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988؛ اما بشأن الالتزام ساحب الصك فانظر المواد (146) من قانون التجارة العراقي، (485) من قانون التجارة المصري.

(2) نصت المادة (165) من القانون التجاري المغربي لعام 1939 ((ان جميع الساحبين للكمبيالة والقابلين لها والمظهرين والضامنين الاحتياطيين ملزمين بالتضامن نحو الحامل)).

(3) انظر المادتين (62، 141) من قانون التجارة العراقي، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية بأن ((الشخص الذي يسحب صكاً عليه ان يؤدي مقابل وفاءه))، قرار رقم 727/مجنبة اولى / 1989 بتاريخ 1990/2/17، ابراهيم المشاهدي، المرجع السابق، ص38.

يكون مساوياً على الأقل لمبلغ الورقة التجارية⁽¹⁾. ويعتبر صاحب الصك مقترفاً لجريمة اصدار صك بدون رصيد إذا لم يوجد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه⁽²⁾.

اما في القانون الانكليزي فان المقابل يمثل ركناً من اركان الورقة التجارية على اعتبار ان الأوراق للتجارية تُعد من العقود البسيطة عند الانكليز، فكان لا بد من توافر أركان ذلك العقد فيها من تراضٍ ومقابل ونية لخلق رابطة قانونية⁽³⁾.

ولا يجوز للماحب او للمحرر اعفاء نفسه من ضمان الاداء⁽⁴⁾، وإن جاز لساحب الحوالة اعفاء نفسه من ضمان القبول⁽⁵⁾؛ بيد ان اتفاقية الاونسيترال لعام 1988 قد اجازت لساحب السفتجة الدولية أن يعفي نفسه من التزامه بدفع قيمتها، أو أن يحد من هذا الالتزام واشترطت لنفاذ شرط الاعفاء أن يكون هناك موقع آخر ملتزم في السفتجة أو أصبح ملتزماً فيها ويقتصر اثر شرط الاعفاء على الساحب فقط دون أن يمتد لباقي الموقعين على السفتجة⁽⁶⁾.

(1) انظر في تفصيل ذلك د. فوزي محمد سامي، مقابل الوفاء في السفتجة، بحث منشور في مجلة القانون للمقارن، العدد المزدوج (4، 5)، السنة الخامسة، 1972، ص147-150.

(2) انظر المادة (459) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969.

(3) د. مجيد حميد العنبيكي، مفهوم المقابل في الحوالة التجارية (السفتجة) في القانون الانكليزي، مجلة العلوم القانونية، المجلد العاشر، العدد الثاني، 1994، ص271.

(4) انظر المواد (50، 146) من قانون التجارة العراقي، (390، 485) من قانون التجارة المصري، (39) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(5) انظر المادة (50) من قانون التجارة العراقي والمقابلة للمادة (390) من قانون التجارة المصري.

(6) انظر المادة (2/38) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

لما بصدد تحديد المركز القانوني لساحب الورقة التجارية او محررها فيمكن القول بأنه لا يوجد خلاف بين فقهاء القانون التجاري حول تحديد المركز القانوني لساحب الصك ومحرر السند للأمر وكذلك مركز صاحب الحوالة التجارية غير المقبولة، إذ اجمعوا على اعتباره مدينأً أصلياً بموجب الورقة التجارية بوصفه الشخص الذي نشأها والمدين الاول بها⁽¹⁾.

غير إن الخلاف قد ثار حول تحديد المركز القانوني لساحب الحوالة التجارية بعد قبولها من قبل المسحوب عليه.

فذهب جانب من الفقهاء إلى اعتبار صاحب الحوالة المقبولة في مركز الكفيل المتضامن⁽²⁾، على أساس إن الحامل لا يستطيع الرجوع على الساحب ومطالبته بالوفاء الا بعد مطالبة المسحوب عليه وامتناع الأخير عن الوفاء وإثبات ذلك الامتناع بعمل احتجاج عزم الوفاء، كما إن افلاس الساحب بعد قبول الحوالة لا يربط سقوط أجل الحوالة.

بينما يرى جانب آخر من الفقهاء إن الساحب بعد قبول المسحوب عليه يصبح في مركز المدين الأصلي الاحتياطي كون إن مركز الساحب وإن لم يتغير بعد قبول المسحوب عليه ولكنه يصبح مدينأً احتياطياً، بحيث لا يمكن الرجوع عليه الا إذا لم يتم الوفاء بقيمة الورقة التجارية من قبل المسحوب

(1) د. امين محمد بدر، الأوراق التجارية...، للمرجع السابق، ص206؛ د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ج2دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص377؛ د. علي البارودي، القانون التجاري...، للمرجع السابق، ص138؛ د. حسين النوري، المرجع السابق، ص218.

(2) د. مصطفى كمال طه ود. مراد منير فهم، القانون التجاري (الأوراق التجارية والاقتلاص)، الدار الجامعية، بيروت، 1984، ص127؛ د. علي حسن يونس، المرجع السابق، ص202؛ د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية...، للمرجع السابق، ص145.

عليه⁽¹⁾؛ إلا إن هذا الرأي منتقد من جهة عدم إمكانية تصور كون الشخص مدنياً أصلياً واحتياطياً في التزام واحد في الوقت نفسه فهو إما أن يكون مدنياً أصلياً أو احتياطياً⁽²⁾.

فيما يذهب رأي ثالث إلى القول بأن صاحب الحوالة بعد قبول المسحوب عليه يكون في مركز صرفي خاص، على أساس أن مركز الساحب يجمع بين ملامح المدين الأصلي من جهة وبين مركز الكفيل المتضامن من جهة أخرى⁽³⁾.

في حين يذهب رأي رابع إلى القول بأن القبول لا يؤثر على المركز القانوني للساحب بمعنى أنه يبقى في مركز المدين الأصلي⁽⁴⁾، وهو رأي جدير بالتأييد ذلك لأن الساحب يلتزم التزاماً مستقلاً بذاته غير تابع لغيره من الالتزامات، كما إن الساحب هو الذي تنشأ الحوالة والمدين الأول بها ومسؤولاً صرفياً قبل جميع الملتزمين بالورقة التجارية عند قيامهم بوفاء مبلغ الحوالة للحامل؛ ويمتنع على الساحب التمسك بإهمال الحامل حتى وإن قبل المسحوب عليه الحوالة ما لم يكن الساحب مقدماً لمقابل الوفاء، أما القول بكون الحامل

(1) د. اكثم الخولي، دروس في الأوراق التجارية، بيروت، بدون سنة طبع، ص200؛ د. ادوار عيد، الحماية القانونية للشيك...، المرجع السابق، ص39.

(2) د. كمال محمد أبو سريخ، الأوراق التجارية في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص190.

(3) د. علي البارودي، القانون التجاري، المرجع السابق، ص139؛ د. محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص379؛ د. محمد اسماعيل علم الدين، موجز القانون التجاري، ج2، جامعة حلوان، 1975، ص93.

(4) R. Roblot, op. cit., p. 202; Lescot et. Roblot, op. cit., p. 540. د. علي سلمان العبيدي، الأوراق التجارية في القانون العراقي، بغداد، 1973، ص386؛ د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص294؛ د. أمين محمد بدر، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، ص206.

ملزم بمطالبة المسحوب عليه القابل أولاً وقبل الرجوع على الساحب، فيمكن الرد عليه بأن الحامل ملزم بالبدء بمطالبة المسحوب عليه سواء أكان المسحوب عليه قابلاً للحالة أم لم يكن قابلاً لها، مما يعني بالمحصلة النهائية إن البدء بمطالبة المسحوب عليه يُعد مجرد إجراء قانوني لا يترتب عليه تغيير مركز ساحب الحالة، كما إن القبول يمثل ضماناً كبيرة للحامل إذ أنه يضيف إلى المدين الأصلي في الحالة (الساحب) مديناً أصلياً آخر ينشأ التزامه بالتوازي مع التزام الساحب دون أن يغير من مركز الساحب⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: المظهر

يلتزم المظهر التزاماً ذا طبيعة صرفية بضمان قبول ووفاء الورقة التجارية⁽²⁾، والتزام المظهر هو التزام تضامني مع الساحب ومع بقية الملتزمين الصرفيين تجاه المظهر اليه وجميع الحملة اللاحقين عليه⁽³⁾، أي إن التظهير لا يقطع علاقة المظهر بالورقة التجارية، إذ يبقى حتى وفاؤها ضامناً لذلك الوفاء، بيد إن القانون التجاري قد أجاز للمظهر التخلص من عبء الضمان الثقيل بإحدى الصورتين الاتيتين:

الصورة الأولى: الاعفاء من الضمان، حيث أجاز القانون للمظهر أن يعفي نفسه من الضمان⁽⁴⁾ بشرط يضعه في صيغة التظهير يفيد هذا المعنى ويترتب عليه تنصل المظهر واضع الشرط من الالتزام الصرفي والتحلل من

(1) د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 294.

(2) انظر المادتين (55، 149) من قانون التجارة العراقي، المادة (55) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، المادة (44) من اتفاقية الاوسيترا لعام 1988.

(3) د. سميرة القليوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، 1987، ص 111؛ د. حسين محمد سعيد، المرجع السابق، ص 38.

(4) انظر المادتين (55، 149) من قانون التجارة العراقي للناقد.

المسؤولية التضامنية التي القاها عليه المشرع التجاري⁽¹⁾.

الصورة الثانية: تحديد الضمان وذلك عن طريق حظر تظهير الورقة التجارية من جديد، وفي هذه الحالة لا يكون المظهر ملزماً بالضمان تجاه من تؤول اليه الورقة التجارية بتظهير لاحق⁽²⁾.

وقد اختلف فقهاء القانون التجاري في تحديد المركز القانوني للمظهر، فذهب جانب من الفقه إلى اعتباره في مركز المدين الاصلي المتضامن⁽³⁾، وقد عللوا ذلك بالقول إن القانون التجاري قد جعل جميع الملزمين بما فيهم المظهر في مرتبة واحدة بوصفهم جميعاً متضامنين تجاه الحامل، فيكون بالتالي في نفس مركز الساحب والمسحوب عليه (مدينأً اصلياً)، كما إن اعتبار المظهر في مركز المدين الاصلي المتضامن ادعى لتحقيق مصلحة الحامل من اعتباره مجرد كفيل متضامن، وذلك لأنه ينبغي مراعاة مصلحة الحامل في جميع المواطن التي لم ينظمها المشرع التجاري، وبما إن الأخير لم يحدد مركز المظهر فينبغي اعتباره في مركز المدين الاصلي⁽⁴⁾، ومن

(1) د. عبد الرزاق عبد الوهاب، التظهير واثاره في قانون التجارة الجديد، دراسة مقارنة، مطبعة الشعب، بغداد، 1989، ص 84.

(2) انظر المادة (55 / 2) من قانون التجارة العراقي، كما ان المادة (35) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي قد اجازت حصر التظهير باسم شخص معين.

(3) د. علي سلمان العبيدي، الأوراق للتجارية في القانون العراقي، المرجع السابق، ص386؛ د. ابو زيد رضوان، المرجع السابق، ص297؛ د. فريد شرقي، اصول القانون التجاري المصري، القاهرة، بدون سنة طبع، ص282 وهو ما ذهب اليه ايضاً: R. Roblot, op. cit., p. 202.

(4) د. عبد الله محمد العمران، المرجع السابق، ص186 - 187؛ د. امين محمد بدر، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، ص207.

جانب آخر فإن التزام المظهر هو التزام مستقل عن التزامات غيره من الملزمين استناداً لقاعدة استقلال التوقييع السائدة في الأوراق التجارية.

فيما يرى جانب آخر من الفقه التجاري إن المظهر يعتبر في مركز الكفيل المتضامن⁽¹⁾، وقد برروا رأيهم بعدة حجج منها: إن الحامل لا يستطيع الرجوع على المظهر إلا بعد مطالبة المسحوب عليه أو للمحرر⁽²⁾، كما إن التزام المظهر هو التزام هش يسقط بمجرد إهمال الحامل باتخاذ الواجبات التي فرضها عليه المشرع التجاري، كما إن إفلاس المظهر لا يؤثر على حلول أجل الورقة التجارية، بعكس حالة إفلاس الساحب أو المسحوب عليه الذي يترتب عليها حلول ذلك الأجل⁽³⁾؛ ناهيك عن كون المظهر ضامناً للموقعين اللاحقين عليه ومضموناً من الموقعين السابقين له، ولما كان المظهر ملتزماً بالضمان بالنسبة لبعض الملزمين في الورقة التجارية دون البعض الآخر فلا يمكن اعتباره مدينأ أصلياً بالورقة التجارية⁽⁴⁾.

إلا إن هذا الرأي منتقد على أساس إن طبيعة التزام الكفيل وما يتميز به من تبعيته لالتزام المكفول تتعارض مع الصفة الأصلية لالتزام المظهر والمستقل عن التزامات غيره من الملزمين.

وتلافياً للانتقادات الموجهة إلى الرأيين السابقين، حاول جانب من الفقهاء الجمع بين الرأيين وذلك من خلال اعتبار المظهر في مركز قانوني خاص

(1) د. حسين النوري، المرجع السابق، ص 218؛ د. محمد علي راتب، المبادئ الانيزية، ط 1، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1948، ص 213؛ د. علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 204.

(2) د. حسين النوري، المرجع السابق، الالتزام المصرفي 218.

(3) د. مصطفى كمال طه ود. مراد منير فهم، المرجع السابق، ص 127.

(4) د. علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 203.

يجمع بين صفتي المدين الاصلي المتضامن والكفيل المتضامن⁽¹⁾، وهو رأي جدير بالتأييد وذلك لأن المظهر في الواقع يحتل مركزاً وسطاً بين المدين الاصلي المتضامن والكفيل المتضامن، فله من ملامح المدين الاصلي المتضامن استقلالية التزامه عن التزامات غيره من الملتزمين الصرفيين، وله من ملامح الكفيل المتضامن عدم تأثير افلاسه على حلول اجل الورقة التجارية وكون التزامه هساً يسقط بمجرد اهمال الحامل⁽²⁾.

الفقرة الثالثة: المسحوب عليه القابل

يلتزم المسحوب عليه بمجرد التوقيع بالقبول على الحوالة التجارية⁽³⁾، التزاماً ذا طبيعة صرفية بالتضامن مع باقي الملتزمين الصرفيين في اداء قيمة الحوالة في ميعاد استحقاقها؛ اما قبل التوقيع بالقبول فانه يكون بمنأى عن الحوالة وغير ملزم صرفياً بها، لعدم تعبيره عن ارادته في الالتزام بموجبها وإن كان عالماً بصورها⁽⁴⁾، فالقبول اذن هو الذي (يُقمح المسحوب

(1) د. امين محمد بدر، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، ص208؛ د. علي البارودي، القانون التجاري، المرجع السابق ص139؛ د. السيد محمد اليماني، القانون التجاري، ج2 (العقود التجارية، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، الافلاس)، مصر، 1986، ص288.

(2) هناك رأي رابع يقول إن المظهر في مركز المدين الاصلي الاحتياطي الا انه رأي ضعيف وانفرده د. ادوار عيد، للحماية القانونية للشيك...، المرجع السابق، ص39.

(3) يُعد القبول هو نظام خاص بالحوالة التجارية دون غيرها من انواع الأوراق التجارية الاخرى، فقد نص القانون صراحة على أن ((لا قبول في الصك)) (المادة 142) تجارة عراقى، كما إن المشرع التجاري قد جعل محرر السداد للامر ملتزم بالكيفية التي يلتزم بها قابل الحوالة (المادة 136) تجارة عراقى.

(4) د. فائق الشماخ، احكام التزام المسحوب عليه القابل، مجلة العلوم القانونية، المجلد السابع عشر، العددان (1،2)، جامعة بغداد، 2002، ص1.

عليه في الالتزام المصرفي ويظل قبل وقوعه اجنبياً عن الالتزام لا يصله بالحامل الا مقابل الوفاء⁽¹⁾.

ويكون التزام المسحوب عليه القابل للزاماً مباشراً متولداً عن التوقيع على الورقة التجارية ذاتها ومستقل عن العلاقات التي تربط المسحوب عليه بالساحب، ومن ثم يكون القابل ملتزماً بالوفاء، وإن لم يكن قد تلقى مقابل الوفاء من الساحب⁽²⁾، بل انه يكون ملتزماً بالدعوى المصرفية حتى تجاه الساحب نفسه عند صيرورته حاملاً للورقة التجارية⁽³⁾، وهي فرضية ممكنة تحققها بإحدى صورتين الأولى أن يحرر الساحب الورقة التجارية لأمره دون أن يطرحها للتداول، أما الصورة الثانية فتتمثل في حالة ايلولة الورقة التجارية للساحب وذلك من خلال اعادة تظهيرها له.

ولا يمكن للمسحوب عليه القابل اعفاء نفسه من الضمان إذ انه في قبوله للحالة يكون قد تعهد بدفع مبلغها للحامل وهذا التعهد قطعي و لا يجوز العدول عنه⁽⁴⁾.

وقد اجمع الفقهاء على اعتبار المسحوب عليه القابل في مركز المدين الاصيل المتضامن⁽⁵⁾، الذي يترتب على وفائه براءة ذمة سائر الملتزمين

-
- (1) المذكرة التفسيرية لقانون التجارة العراقي السابق رقم 149 لسنة 1970، ص199.
 - (2) د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، موجز للقانون المصرفي، ط1، جامعة القاهرة، 1992، ص171؛ د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية...، للمرجع السابق، ص131.
 - (3) انظر المواد (2/78) من قانون التجارة العراقي، (416) من قانون التجارة المصري.
 - (4) د. خالد الشاوي، الأوراق التجارية في التشريعين الليبي والعراقي، مطابع دار الكتب، بيروت، 1971، ص277؛ د. رزق الله انطاكلي ود. نهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، ج2، مطبعة جامعة دمشق، 1962، ص399.
 - (5) د. محمد اسماعيل علم الدين، للمرجع السابق، ص92؛ د. كمال محمد ابو سريع، المرجع السابق، ص190؛ د. محمود سمير الشراقي، للمرجع السابق، ص137؛ د. السيد محمد اليماني، للمرجع السابق، ص287.

الصرفيين، كما إن افلاسه يجيز للحامل الرجوع بالورقة التجارية قبل ميعاد استحقاق تلك الورقة⁽¹⁾.

الفقرة الرابعة: القابل بالتدخل

إذا قُدمت الورقة التجارية للمسحوب عليه لغرض قبولها، فهو أما أن يقبلها ويصبح ملتزماً صرفياً بأداء قيمتها للحامل، أو أن يرفض القبول وفي هذه الحالة يجوز للحامل الرجوع للصرفي على الملتزمين الصرفيين قبل حلول ميعاد استحقاق الحوالة التجارية، وتلافياً لهذه النتيجة فقد عمد أحد الأشخاص إلى التوقيع على الحوالة كقابل بالتدخل لمصلحة أحد الملتزمين وعندئذٍ يتمتع على الحامل الرجوع المبسر على من حصل التدخل لمصلحته وعلى الموقعين اللاحقين عليه⁽²⁾.

ويمكن أن يُعطى القبول بالتدخل من قبل شخص أجنبي عن الحوالة، أو من قبل أحد الملتزمين بها كما يجوز للمسحوب عليه أن يكون قابلاً للتدخل⁽³⁾.

ويكون القابل بالتدخل ملتزماً صرفياً بأداء مبلغ الحوالة في ميعاد استحقاقها إذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء، وقد يتعدد القابلون بالتدخل فيكونوا متضامنين فيما بينهم وبين باقي الملتزمين في مواجهة الحامل، ويبقى القابل بالتدخل ملتزماً بالضمان حتى لو قبل للمسحوب عليه الحوالة التي سبق له أن رفض قبولها، ولا يجوز للقابل بالتدخل اعفاء نفسه من ضمان الوفاء

-
- (1) انظر د. علي البارودي، الوجيز في القانون التجاري، القاهرة، 1966، ص 132.
(2) انظر المادة (115) من قانون التجارة العراقي، وهذا على خلاف موقف القانون المصري السابق الذي لم يحرم الحامل من حقه في الرجوع على صاحب والمظهرين بالرغم من قبول الحوالة من قبل متدخل، (انظر المادة 126 منه).
(3) انظر المادة (116/ثانياً) من قانون التجارة العراقي.

والتصل من الالتزام الصرفي، ذلك لأنه عندما يوقع على الحوالة كقابل بالتدخل إنما يتعهد بنفع مبلغها في حالة عدم أدائه من قبل المصحوب عليه في ميعاد الاستحقاق، وبالتالي لا يجوز له العدول عن هذا التعهد.

الفقرة الخامسة: الضامن

الضامن (أو كما تطلق عليه بعض التشريعات مصطلح الضامن الاحتياطي)، هو الشخص الذي يتقدم لضمان مبلغ الورقة التجارية كله أو بعضه، وقد يكون شخصاً اجنبياً عن الورقة التجارية، أو أن يكون ملتزماً بها ويكون الضامن بكتابة هذا اللفظ أو بأية صيغة تفيد هذا المعنى ويوقعه الضامن⁽¹⁾.

ويلتزم الضامن التزاماً صرفياً بالتضامن مع الشخص الذي حصل الضمان لمصلحته ومع بقية الملتزمين للصرفيين بأداء مبلغ الورقة التجارية للحامل، وقد جاء في قرار لمحكمة القاهرة التجارية الجزئية بأن «الضامن الاحتياطي يتضامن مع المدين في المسؤولية عن الدين رغم عدم النص على التضامن في السند»⁽²⁾.

ويتحدد التزام الضامن بمقدار التزام الشخص المضمون⁽³⁾، لذا ينبغي تعيين الشخص المضمون، وفي حالة عدم تعيينه يعتبر الضامن حاصلاً لمصلحة الساحب في أغلب القوانين التجارية كقانون جنيف الموحد والقوانين

(1) انظر المادة (81) من قانون التجارة العراقي، وكذلك ما قضت به محكمة التمييز العراقية بقرارها رقم 581/مذنية منقول/2001 بتاريخ 2001/6/28، الموسوعة العلية، العدد 94، 2002، ص 8-9.

(2) قرار محكمة القاهرة التجارية الجزئية بتاريخ 1949/4/16، للمحكمة، السنة التاسعة والعشرون، 1948 - 1949، ص 803.

(3) انظر المواد (82) من قانون التجارة العراقي، (47) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

المشتقة منه⁽¹⁾، بينما اعتبرت بعض التشريعات التجارية كاتفاقية الاونسيترال لعام 1988 إن الضمان في هذه الحالة يُعد حاصلاً لمصلحة القابل أو المسحوب عليه في السفطة الدولية ولمصلحة المحرر في السند الانني الدولي⁽²⁾.

ويقع التزام الضامن في الاصل على ضمان القبول و الاداء، بيد انه يستطيع حصر ضمانه بالقبول دون الاداء، او بالاداء دون القبول، او أن يحصر ضمانه بحامل معين دون الحملة لللاحقين او أن يحصره لمصلحة ملتزم معين دون الملتزمين الاخرين⁽³⁾.

وقد اختلف الفقهاء حول تحديد المركز القانوني للضامن (وهو ذات الخلاف الذي دار حول تحديد مركز القابل بالتدخل).

فذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الضامن والقابل بالتدخل في مركز المدين الاصيلي⁽⁴⁾، على اساس إن القانون التجاري قد ساوى بين جميع الملتزمين الصرفيين في المسؤولية التضامنية، كما إن مصلحة الحامل وضرورة حمايته حماية كاملة تقتضي اعتبار جميع الملتزمين مدينين اصليين في مواجهته.

بينما يرى جانب آخر من الفقهاء إن الضامن والقابل بالتدخل يُعدان في

-
- (1) انظر المواد (31) من قانون جنيف الموحد، (81/ثلاثاً) من قانون التجارة العراقي.
 - (2) انظر المادة (46) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.
 - (3) د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم، الضامن الاحتياطي في الأوراق التجارية، دراسة قانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 150-152.
 - (4) د. رزق الله انطاكي، السفطة او سند السحب، للمرجع السابق، ص 257؛ د. علي سلمان العبيدي، الأوراق التجارية في القانون العراقي، للمرجع السابق، ص 386؛ د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري (1999)، للمرجع السابق، ص 203.

مركز الكفيل المتضامن⁽¹⁾، وقد استلوا على ذلك من إن المشرع التجاري قد اعتبر الضامن والقابل بالتدخل يلتزمان بالكيفية التي يلتزم بها الشخص الذي حصل الضمان أو القبول لمصلحته، مما يعني إن التزامهما تابعاً لالتزام من تدخلوا لمصلحته ومرتبطة به من حيث صحته وبطلانه وإنقضائه⁽²⁾.

في حين يذهب رأي ثالث إلى اعتبار الضامن والقابل بالتدخل كفلاء صرفيين⁽³⁾، وهو الرأي الذي نعتقد ببقته، ذلك لأن المركز القانوني للضامن والقابل بالتدخل يجمع بين ملامح الكفيل المتضامن من جهة وبين خصائص القانون المصرفي من جهة أخرى، وتبرز صفة الكفيل من خلال كون الضامن والقابل بالتدخل تابعان في التزامهما للالتزام الشخص الذي تدخلوا لمصلحته فيما يتعلق بكيفية التزامهما المصرفي ومقدار ذلك الالتزام⁽⁴⁾، وبترتيب التزامهما بين سلسلة الموقعين على الورقة التجارية ومن حيث إمكانية أو عدم إمكانية التمسك بسقوط حق الحامل المهمل.

(1) د. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري (الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس)، الاسكندرية، 1973، ص116؛ د. السيد محمد اليماني، المرجع السابق، ص286؛ د. حسين النوري، المرجع السابق، ص218؛ د. فريد شرقي، المرجع السابق، ص282.

(2) انظر د. حسين النوري، المرجع السابق، ص218.

(3) د. علي البارودي، للقانون التجاري...، المرجع السابق، ص138؛ د. عزيز المعلي، انقضاء الضيكة...، المرجع السابق، ص80. وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية بأن ((الكفيل بالاقبال أو للضامن الاحتياطي علاوة عن كونه كفلاً فإنه يعتبر مدينناً أيضاً امام حامل السند))، قرار رقم 1420/حقوقية/1966، بتاريخ 17/11/1966، نقلاً عن المحامي عبد الرزاق القيسي، للصيغ القانونية...، المرجع السابق، ص150-153.

(4) انظر المادتين (82/أولاً، 120) من قانون التجارة العراقي، والمقابلة للمادتين (32، 58) من قانون جنيف الموحد لعام 1930.

بينما تبرز الصفة المصرفية بوضوح فيما يتعلق باستقلال التوقييع، ففي الوقت الذي تقتضي قواعد الكفالة بتبعية التزام الكفيل لالتزام المكفول في بقاءه ولتقاضائه وصحته وبطلانه، نجد إن قاعدة استقلال التوقييع تنفح حاجزاً يفصل بين توقيع الكفيل المصرفي وتوقيع المدين المضمون وتجعل لكل من التزامهما كياناً مستقلاً عن الآخر⁽¹⁾، وهذا ما نلمسه من نص القانون التجاري بالإبقاء على التزام الضامن صحيحاً حتى وإن كان التزام المضمون باطلاً لأي سبب غير عيب في الشكل⁽²⁾.

الفرع الثاني: مدى إمكانية الملتزمين من التخلص من التضامن المصرفي

ذكرنا فيما سبق، إن كل شخص تتوافر فيه المؤهلات القانونية يكون بتوقيعه على الورقة التجارية مسؤولاً مسؤولية تضامنية تجاه الحامل بأداء قيمتها، وهذه المسؤولية مفترضة بنص القانون التجاري، ومن ثم لا حاجة للنص عليها من قبل الاطراف⁽³⁾.

ولكن هل يجوز للملتزمين أن يستبعدوا المسؤولية التضامنية المفترضة أم ليس لهم ذلك ؟ وإذا كان ذلك جائزاً فكيف لهم استبعادها (المسؤولية التضامنية) ؟ وما هو الاثر المترتب على ذلك الاستبعاد؟

ومن أجل اعطاء اجابة وافية عن هذه التساؤلات يقتضي بنا البحث أن نتناول مسألة جواز استبعاد التضامن المصرفي (الفقرة الاولى)، مع تحديد الاثر المترتب على استبعاد التضامن المصرفي (الفقرة الثانية).

(1) د. علي البلرودي، القانون التجاري...، المرجع السابق، ص138.

(2) المادة (82) من قانون للتجارة العراقي.

(3) انظر قرار محكمة للقاهرة التجارية الجزئية بتاريخ 1940/4/16، مشار اليه في مؤلف مصطفى رضوان، مدونة الفقه والقضاء في القانون التجاري، ج2، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة طبع، ص148.

الفقرة الأولى: جواز استبعاد التضامن المصرفي

يقضي بحث مسألة ما إذا كان للأطراف استبعاد التضامن المصرفي فيما بينهم من عدمه، للتعرف عما إذا كانت قاعدة التضامن بين الملتزمين التي نص عليها القانون المصرفي من القواعد الآمرة، بحيث يقع باطلاً كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك، أم أنها ليست كذلك.

والواقع إن أحكام قانون الصرف ليست من القواعد الآمرة من حيث الأصل⁽¹⁾، ومن ثم يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها، باستثناء تلك الأحكام التي يمنع القانون فيها صراحة الأفراد من الاتفاق على مخالفتها، فإذا ما وجد اتفاق بين المتعاقدين وجب تقديم ذلك الاتفاق على تلك الأحكام، طالما كان هذا الاتفاق غير مخالف للنظام العام والآداب، وقد أشار إلى ذلك صراحة قانون التجارة المصري النافذ رقم 17 لسنة 1999 حيث نص على سريان أحكام الاتفاق بين المتعاقدين أولاً، فإن لم يوجد هذا الاتفاق سرت نصوص القانون للتجاري⁽²⁾.

ولا تخرج قاعدة التضامن المصرفي من هذا الأصل، بمعنى أنها لا تُعد من القواعد الآمرة، ومن ثم يجوز الاتفاق على التخلص من أحكامها⁽³⁾، ويتم ذلك عن طريق إدراج شرط عدم التضامن؛ ولما كان شرط عدم التضامن يمثل خروجاً على مبادئ القانون المصرفي فكان لازماً أن يكون هذا الشرط واضح الدلالة على رفع المسؤولية للتضامنية، إذ إن الاستثناء لا يصار إليه

(1) د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص227؛ د. علي البارودي، للقانون التجاري، المرجع السابق، ص141.

(2) انظر للمادة (2) من قانون التجارة المصري.

(3) د. حافظ محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص223؛ د. عزيز الحكيلي، انقضاء الالتزام الثابت في الشيك، المرجع السابق، ص78.

الا في حالة النص عليه⁽¹⁾، وقد جاء بقرار لمحكمة التمييز العراقية بأنه «إذا نص في الكمبيال على الزام الكفيل بعد عجز الاصيل كان هذا التعهد صحيحاً ويتعين على المحكمة التثبت من عجز المدين عن الدفع»⁽²⁾.

ويجوز ادراج شرط عدم التضامن من قبل أي من الملزمين بموجب الورقة التجارية، مما يعني انه يجوز لساحب او محرر الورقة التجارية أن يشترط عدم التضامن فضلاً عن جواز ادراجه من قبل أي مظهر او قابل بالتدخل او ضامن فيها.

الفقرة الثانية: اثار شرط عدم التضامن

إن شرط عدم التضامن لا يعني الملزم الصرفي من الضمان، إذ يظل الملزم مسؤولاً عن الوفاء بقيمة الورقة التجارية، وإنما يقتصر اثره على رفع المسؤولية التضامنية بين الملزم الذي وضع الشرط وغيره من الملزمين الآخرين، لذلك يتعين على حامل الورقة التجارية مراعاة ترتيب الموقعين عليها، فلا يرجع مباشرة على الملزم الذي اشترط عدم التضامن الا إذا كان هذا الملزم هو المظهر الاخير؛ فإن لم يكن كذلك وجب على الحامل قبل الرجوع عليه أن يرجع على الموقع لللاحق له، عندئذ يستطيع الرجوع على واضع الشرط من خلال تحريك التزامه بالضمان، قبل الموقع لللاحق عليه⁽³⁾.

(1) د. حافظ محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 223؛ د. رضا عبيد، القانون التجاري، (الأوراق التجارية والعقود التجارية وعمليات البنوك والافلاس)، مطبعة السعادة، القاهرة، 1988، ص 173.

(2) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 1226/حقوقية /1959 بتاريخ 1959/6/24 مجلة القضاء، العدد الخامس، السنة 17، ص 763.

(3) د. السيد محمد اليماني المرجع السابق، ص 288؛ د. علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 210.

ولتوضيح ذلك يمكن أن نسوق المثال الآتي: فلو فرضنا إن (أ) قد سحب ورقة تجارية، تداولت بالتظهير من (ب) إلى (ج) وانتهت إلى الحامل (د) فإن كان المظهر (ج) هو الذي أدرج شرط عدم التضامن فلا يستفيد من الشرط، إذ إن للحامل في كل الأحوال أن يرجع عليه بوصفه ضامن له حصول الوفاء في ميعاد الاستحقاق ومسؤولاً قبله مسؤولية مباشرة، أما إذا كان المظهر (ب) هو الذي وضع شرط عدم التضامن تعين على الحامل (د)، في هذه الحالة، أن يطالب، عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء، (ج) أولاً ولا يستطيع الرجوع على (ب) إلا عن طريق دعوى الضمان التي يملكها (ج) تجاه (ب)⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى إن هناك جانباً من فقهاء القانون التجاري يخلطون بين شرطي عدم الضمان وعدم التضامن ويرون تبعاً لذلك بأن الساحب لا يمكنه ادراج شرط عدم التضامن⁽²⁾، في حين إن الأمر غير ذلك، إذ يقصد بشرط عدم الضمان رفع المسؤولية المصرفية بصورة كلية، لذلك يمنع على الساحب ادراج مثل هذا الشرط باعتباره للشخص الذي أنشأ الورقة التجارية والمدين الأول بها، وبالتالي فإن السماح له بإعفاء نفسه من الضمان من شأنه أن يضر بحامل الورقة التجارية، خاصة إذا لم يتم المسحوب عليه بالوفاء له بقيمتها وهذا من شأنه أن يؤدي إلى انعدام الثقة بالورقة التجارية؛ بينما يُراد بشرط عدم التضامن تخفيف المسؤولية المصرفية وذلك بالتخلل من المسؤولية التضامنية مع بقاء الموقع ملتزماً صرفياً بأداء قيمة الورقة التجارية في ميعاد

(1) انظر د. امين محمد بدر، الأوراق التجارية...، للمرجع السابق، ص 209-210.

(2) د. هشام فرعون، للمرجع السابق، ص 81؛ د. رزق الله انطاكي، السفتجة او سند

المسحب، المرجع السابق، ص 256؛ د. كمال محمد ابو سريع، للمرجع السابق،

ص 192؛ د. شكري احمد السباعي، للمرجع السابق، ص 66.

لمستحقاقها لذا فإن بإمكان الساحب أو غيره من الملتزمين إدراج هذا الشرط. ويختلف اثر شرط عدم التضامن بحسب ما إذا كان وارداً في ورقة مستقلة (النبذة الاولى)، ام في الورقة التجارية ذاتها (النبذة الثانية)، كما يختلف اثره باختلاف الملتزم الذي ادراج الشرط.

النبذة الاولى: ادراج شرط عدم التضامن في ورقة مستقلة

قد يُدرج شرط عدم التضامن في ورقة مستقلة عن الورقة التجارية، كما لو ادراج المظهر مثلاً بيان يفيد عدم التضامن في ورقة مستقلة دفعها للمظهر اليه، ففي مثل هذه الحالة ينتج شرط عدم التضامن اثره فيما يخص علاقة الملتزم الذي ادراج الشرط والحامل الذي تم املاء الشرط عليه، ومن ثم يتحلل الملتزم من المسؤولية التضامنية⁽¹⁾.

أما فيما يخص علاقة الملتزم واضع الشرط بحملة الورقة التجارية الاخرين فإن الملتزم يستطيع الاحتجاج بذلك الشرط على الحامل سيء النية الذي يعلم بشرط عدم التضامن⁽²⁾. ويقع على الملتزم عبء اثبات علم الحامل بهذا الشرط، بينما لا يستطيع الملتزم، واضع شرط عدم التضامن الاحتجاج على الحملة حسن النية بالشرط المدرج في ورقة مستقلة، ذلك لأن قاعدة الكفاية الذاتية للورقة التجارية تمنع الملتزم من الاحتجاج على الحامل حسن النية بغير البيانات الواردة في الورقة التجارية⁽³⁾.

(1) د. رفعت ابانير، دروس في الأوراق التجارية، الكويت، 1987، ص144.

(2) د. ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص725.

(3) د. رفعت ابانير، المرجع السابق، ص144؛ د. ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص725.

النبهة الثالثة: ادراج شرط عدم التضامن في الورقة التجارية ذاتها

أما إذا كان شرط عدم التضامن وارداً في الورقة التجارية ذاتها فإنه ينتج اثره، وذلك بنفي تضامن الملتزم واضع الشرط مع بقية الملتزمين المصرفيين، ويستطيع ذلك الملتزم الاحتجاج بهذا الشرط تجاه كل حملة الورقة التجارية وإن كانوا حسنني النية⁽¹⁾، إعمالاً بقاعدتي الكفاية الذاتية للورقة التجارية وحرية الدين المصرفي وما تقضيان به من تمكين الملتزم المصرفي من الاحتجاج على حملة الورقة التجارية بما ورد في تلك الورقة من بيانات دون حاجة إلى اثبات سوء نية أولئك الحملة⁽²⁾.

وإذا كان شرط عدم التضامن المدرج في ورقة مستقلة يقتصر اثره على الملتزم واضع الشرط؛ فإن الامر يختلف بالنسبة للشرط المدرج في الورقة التجارية ذاتها، إذ إن مدى امتداد اثر ذلك الشرط إلى بقية الملتزمين المصرفيين يختلف باختلاف واضع الشرط،

فإن كان الشرط مدرجاً من قبل صاحب الورقة التجارية او محررها فإن اثره يكون ساري المفعول بحق جميع الملتزمين الآخرين، بحيث ينقي التضامن المصرفي بصورة كلية⁽³⁾، لأن الشرط الذي يدرجه الساحب يُعد عنصراً من العناصر الاصلية للورقة التجارية التي تنتج لئارها بالنسبة لجميع الملتزمين المصرفيين.

-
- (1) د. محمد حسني عباس، الأوراق التجارية في التشريع الكويتي، المرجع السابق، ص 140.
 - (2) انظر د. فائق الشماخ، للشكلية في الأوراق التجارية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد (20)، السنة الثالثة عشرة، 1987 ص 171-172.
 - (3) د. محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، ص 379 د. حسين النوري، المرجع السابق، ص 219. د. محمد ابراهيم محمود، موجز الأوراق التجارية، دار الفكر العربي، 1982، ص 224.

أما إذا كان شرط عدم التضامن مدرجاً من قبل أحد الملزمين الآخرين من غير الساحب، اقتصر أثره على الملزم الذي لدرجه دون غيره من الملزمين السابقين أو اللاحقين تطبيقاً لقاعدة استقلال التوقعات⁽¹⁾؛ ومن ثم فلا ينقضي التضامن إلا بالنسبة للملزم واصلع الشرط؛ وإذا ما أراد بقية المتضامنين أن ينفوا التضامن فيما بينهم فإن على كل واحد منهم أن يدرج شرط عدم التضامن⁽²⁾.

ومن الملاحظ إن شرط عدم التضامن ليس دارجاً في الحياة العملية، لما يترتب عليه من إضعاف ثقة الحامل بالورقة التجارية، وذلك بحرمانه من أهم الضمانات المصرفية التي وفرها له المشرع لتجاري، وما قد يؤديه ذلك من تعطيل تداول تلك الورقة⁽³⁾؛ كما إنه كثيراً القضاء ما يتشدد في تفسير وجود هذا الشرط ويشترط أن يكون ورداً في عبارة بعيدة عن كل لبس أو غموض⁽⁴⁾.

(1) د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص224؛ د. سعيد يحيى، المرجع السابق، ص83.

(2) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، ص145. د. محمد حسني عباس، الأوراق التجارية في التشريع الكويتي، المرجع السابق، ص141.

(3) د. أمين محمد بدر، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، ص210. د. ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص723.

(4) انظر قرار محكمة الاستئناف المختلط المصرية بتاريخ 1932/4/13، مشار إليه في مؤلف مصطفى رضوان، المرجع السابق، ص132، رقم (4).

الفصل الثاني

احكام التضامن المصرفي

إن للتضامن المصرفي أحكاماً مهمة سواء أكانت في علاقة الحامل بالملتزمين المصرفيين أم في علاقة الملتزمين المصرفيين بعضهم ببعض، ولكي نقف على حقيقة ذلك فإننا سنتناول احكام التضامن المصرفي في علاقة الحامل بالملتزمين المصرفيين (المبحث الاول)، فضلاً عن بيان احكام التضامن المصرفي في علاقة الملتزمين المصرفيين بعضهم ببعض (المبحث الثاني).

المبحث الأول

علاقة الحامل بالملتزمين المصرفيين

تتطلب دراسة علاقة الحامل بالملتزمين المصرفيين بيان المبادئ التي تحكم تلك العلاقة (المطلب الأول)، فضلاً عن بحث رجوع الحامل على الملتزمين المصرفيين (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المبادئ التي تحكم علاقة الحامل بالملتزمين المصرفيين

تقوم العلاقة بين حامل الورقة التجارية والملتزمين بموجبها على مبدئين رئيسيين هما: مبدأ وحدة محل الالتزام (الفرع الأول)، ومبدأ تعدد الروابط القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وحدة محل الالتزام

يُقصد بوحدة محل الالتزام إن موضوع التزام المتضامنين المصرفيين واحداً وهو دفع قيمة الورقة التجارية، ويترتب على هذا المبدأ اثرين مهمين، الأول إن للحامل الحق في مطالبة كل ملتزم بكل مبلغ الدين المصرفي، أما الاثر الثاني فمفاده إن استيفاء الحامل لدينه المصرفي من أحد الملتزمين يمنعه من الرجوع على باقي الملتزمين، وسنخصص فقرة مستقلة لكل من هذين الاثرين.

الفقرة الاولى: حق الحامل في المطالبة بكل الدين المصرفي

لما كان محل التزام جميع المتضامنين المصرفيين واحداً فإن الحامل الحق في مطالبتهم بكل مبلغ الورقة التجارية وهو حرّ في اختيار طريقة الرجوع عليهم فله أن يرجع على الملتزمين المصرفيين منفردين لو أن يرجع عليهم مجتمعين.

النبهة الاولى: رجوع الحامل على الملتزمين المصرفيين منفردين، بحق الحامل الرجوع على أي من المتضامنين المصرفيين ومطالبة بمبلغ الورقة التجارية⁽¹⁾، فهو يستطيع الرجوع على الساحب والمظهر والقابل والضامن والقابل بالتدخل، وقد أشارت إلى ذلك المادتان (102، 169) من قانون التجارة العراقي، فقد نصت المادة (102) على انه «اولاً: لحامل الحوالة عند عدم وفاتها في ميعاد الاستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين»، اما المادة (169) منه فقد نصت على انه «لحامل الصك الرجوع على الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين به...»؛ وهذا ما ذهب اليه القضاء في العديد من قراراته⁽²⁾، كما اشارت المادة (106) من قانون التجارة العراقي إلى طريق المطالبة الفردية صراحة بالقول «للحامل الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين...».

(1) د. محيي الدين اسماعيل علم الدين، شرح قانون التجارة الجديد (تعليق على القانون مادة مادة مع اعماله التحضيرية)، مصر، 1999، ص804. د. محمد فريد العريبي، القانون التجاري (الاوراق التجارية والافلاس)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985، ص28.

(2) انظر في هذا المعنى: قرار محكمة التمييز العراقية رقم 613/مجنبة اولى/1977 بتاريخ 1978/1/3، مجموعة الاحكام العلية، العدد الاول، السنة التاسعة، 1978، ص87، قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 3302/حقوقيه / 1999 بتاريخ 2000/6/29، للمجلة القضائية، السنة الرابعة، العدد السادس، حزيران، 2000، ص196.

ويتخذ رجوع الحامل على المتضامنين المصرفيين عند مطالبته إياهم بصورة فردية اشكالاً متعددة، مع ضرورة ملاحظة إن اشكال الرجوع على الملتزمين غير ملزمة للحامل، وبالتالي فإنه يستطيع اتخاذ الشكل الذي يراه مناسباً له دون التقيد بأشكال الرجوع الأخرى، ويمكن اجمال اشكال الرجوع بما يأتي:

أولاً: الرجوع الودي، قد يفضل حامل الورقة التجارية المطالبة بقيمتها بصورة ودية رغبة منه في استيفاء حقه بعيداً عن أروقة المحاكم وما تتطلبه من إجراءات ونفقات، وهذا ما يحدث في الغالب عندما يرتبط الحامل بالملتزمين المصرفيين بروابط تتجاوز العلاقات المالية، أو حين تحول مصالحهم المشتركة دون الاحتكام إلى القضاء⁽¹⁾، كما قد يحصل أن يتفق الملتزمين المصرفيين مع حامل الورقة التجارية على أن يبدأ أولاً بمطالبتهم مطالبة ودية، عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء، قبل اللجوء إلى المطالبة القضائية ولا شك إن مثل هذا الاتفاق جائز لأنه لا يحرّم الحامل من حقه في اللجوء إلى القضاء، بل كل ما في الأمر ضرورة البدء بالمطالبة الودية أولاً، فإن تعذرّ عليه استيفاء حقه جاز له عندئذٍ اللجوء إلى القضاء.

وقد يفضل الحامل منح مدينه المصرفي فترة من الزمن على أمل أن يُحسن خلالها اوضاعه المالية ليستترك ما يحتاج اليه من سيولة نقدية تمكنه من الوفاء، فيعمد إلى سحب حوالة الرجوع، وقد أشارت إليها المادة (114) من قانون التجارة العراقي⁽²⁾ بالقول «أولاً: لكل من له حق الرجوع على غيره من الملتزمين بالحوالة ان يستوفي حقه بسحب حوالة جديدة على احد ضامنيه

(1) د. هشام فرعون، المرجع السابق، ص 108.

(2) تقابلها المواد (51) من قانون جنيف الموحد لعام 1930، (163) من القانون التجاري الفرنسي، (196) من قانون التجارة الاردني.

تكون مستحقة الاداء لدى الاطلاع وواجبة الاداء في مقام هذا الضامن مالم يشترط غير ذلك».

ثانياً: التنفيذ المباشر، يستطيع الحامل ايضاً أن يسلك طريق التنفيذ المباشر، دون اللجوء إلى القضاء، وذلك في الدول التي تعتبر الاوراق التجارية فيها محررات قابلة للتنفيذ في مديريات التنفيذ، كقانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980، بيد انه يشترط أن لا يكون المدين المراد التنفيذ بحقه من مظهري الورقة التجارية واذا كان المطلوب التنفيذ بحقه كفيلاً وجب تبليغ المدين للوقوف على مآلديه من اعتراضات⁽¹⁾.

ثالثاً: استصدار امر لداء، اجازت قوانين بعض الدول، كقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ رقم 13 لسنة 1968 (المادة 201) وقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي (المادة 166)⁽²⁾، لحامل الورقة التجارية استصدار امر اداء إذا اراد الرجوع على الساحب او المسحوب عليه القابل او الضامن الاحتياطي لاحدهما دون حاجة لرفع الدعوى القضائية⁽³⁾.

رابعاً: الرجوع القضائي، وذلك عن طريق رفع الدعوى واختصاص الملزمين الصرفيين قضائياً وهو الاسلوب الغالب الذي يلجأ اليه الحامل عندما يتعذر عليه استيفاء مبلغ الورقة التجارية وقد اشارت اليه المادة (106) من قانون التجارة العراقي بالقول «ثالثاً: الدعوى المقامة على احد الملزمين لا تحول دون الرجوع على الباقيين...». ويخضع رفع الدعوى المصرفية للقواعد العامة في قانون المرافعات المدنية، ويكون الاختصاص في نظر الدعوى المصرفية لمحكمة البداية التي يقع في دائرتها موطن الملزم الذي يريد الحامل الرجوع

(1) المادة (14/ثانياً) من قانون التنفيذ العراقي.

(2) اما بالنسبة للمشرع العراقي فانه لم يؤخذ بنظام اوامر الاداء.

(3) انظر في تفصيل ذلك د. مصطفى كمال طه، الوجيز...، المرجع السابق، ص 154.

عليه، او مركز معاملاته، او محل نشوء الالتزام الصرفي، او مكان وفاء الورقة التجارية، او المحل الذي اختاره الاطراف لإقامة الدعوى الصرفية⁽¹⁾. اما إذا كان الملتزم الذي يُراد الرجوع عليه، شخصاً معنوياً فيكون الاختصاص لمحكمة البداية التي يقع في دائرتها مركز ادارته الرئيسي⁽²⁾.

ويجوز للملتزم الذي رفعت عليه للدعوى الصرفية، أن يطلب ادخال باقي الملتزمين الصرفيين معه في الدعوى، كما إن للمحكمة أن تدعو أي شخص للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى، كما يجوز لباقي الملتزمين الصرفيين أن يتدخلوا في الدعوى التي رفعها الحامل منضماً الى الملتزم الاول او طالباً الحكم لنفسه فيها⁽³⁾.

النبة الثانية: رجوع الحامل على الملتزمين الصرفيين مجتمعين

يحق للحامل كذلك أن يرجع على جميع الملتزمين الصرفيين دفعة واحدة ومطالبتهم جميعاً بمبلغ الورقة التجارية وهو ما اشارت اليه صراحة المادة (106) من قانون التجارة العراقي بالقول «للحامل الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين او مجتمعين»، وغالباً ما يأخذ الرجوع الجماعي شكل المطالبة الودية او القضائية، اما اشكال الرجوع الاخرى، كالتنفيذ المباشر او استصدار امر الاداء، فانها لاتصلح لحالة الرجوع الجماعي إذ انها مختصة بحالة الرجوع على بعض الملتزمين دون البعض الاخر، ويلزم اقامة الدعوى في محكمة مختصة يقع في دائرتها موطن احد الملتزمين الصرفيين⁽⁴⁾. وقد

(1) انظر المادة (37) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(2) المادة (38) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(3) انظر المادة (69) من قانون المرافعات المدنية العراقي وتقابلها المواد (117، 118،

121) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(4) انظر المواد (2/37) من قانون المرافعات المدنية للعراقي، (49) من قانون

المرافعات المدنية والتجارية المصري.

يحصل أحياناً أن يرفع الحامل عدة دعاوى على الملتزمين الصرفيين في وقت واحد، وتلك الدعاوى إما أن تكون مرفوعة امام محكمة واحدة، عندما تكون تلك المحكمة مختصة نوعياً ومكانياً بالنسبة لجميع الملتزمين الصرفيين وفي هذه الحالة يجوز للخصوم أن يطلبوا ضم الدعاوى الى بعضها كما إن للمحكمة أن تأمر بضم تلك الدعاوى، أو أن تكون تلك الدعاوى مرفوعة امام عدة محاكم، وهنا يجوز للملتزمين أن يطلبوا نقل الدعاوى الى المحكمة التي رفعت امامها اول دعوى.

ويكون القرار الصادر في الدعوى الجماعية ملزماً لجميع الملتزمين الصرفيين بصورة شخصية وتضامنية، ومن ثم فإن الحامل الحق في تنفيذ قرار الحكم في مواجهة أي ملتزم متضامن كما يحق له تنفيذه في مواجهة جميع الملتزمين.

ويجوز للحامل اثناء رفع دعوى الرجوع الصرفية على الملتزمين، بصورة منفردة كانت او مجتمعة، أن يوقع حجزاً احتياطياً على اموال الملتزمين المنقولة⁽¹⁾، لمنع الملتزمين من تهريب تلك الاموال، فضلاً عما للحجز التحفظي من اهمية كوسيلة ضغط على المدين، نظراً لما له من اثر سيء على سمعة المدين، فيحاول الاخير تقاديه بأداء مبلغ الورقة التجارية قبل اتخاذ هذا الاجراء التحفظي⁽²⁾.

الفقرة الثانية: استيفاء الحامل لدينه الصرفي من احد الملتزمين يمنعه من الرجوع على الآخرين.

لما كان محل التزام جميع المتضامنين الصرفيين واحداً، فإن استيفاء

(1) انظر المواد (158) تجاري فرنسي، (113) تجارة عراقي، (198) تجارة اردني.

(2) د. عزيز العكيلي، للموجز في شرح قانون التجارة الكويتي، ط1، مكتبة المنهل، الكويت، 1978، ص342.

الحامل لدينه المصرفي من احد الملتزمين يمنعه من الرجوع على باقي المتضامنين لمطالبتهم بذلك الدين، إذ لا يجوز للدائن استيفاء دينه أكثر من مرة واحدة، معنى ذلك إن وفاء احد المتضامنين للدين المصرفي يبرئ نمة سائر المتضامنين معه في مواجهة الحامل الذي تم الوفاء له⁽¹⁾. والوفاء بالدين المصرفي لما أن يكون كلياً أو جزئياً.

فاذا ما حصل، عند رجوع الحامل على الملتزمين، أن أوفى احدهم بمبلغ الورقة التجارية كاملاً برأت نتمته ونعم سائر المتضامنين (مع التأكيد على أن الوفاء للحامل لا يعني بالضرورة براءة نمة الملتزمين نهائياً بقدر ما يعفيهم من رجوع الحامل، الذي استوفى حقه، عليهم)، اما إذا قام احد الملتزمين المصرفيين بوفاء جزء من قيمة الورقة التجارية برأت نتمته ونمة بقية المتضامنين معه بقدر ما يُدفع من أصل قيمتها⁽²⁾، ومن ثم لا يجوز للحامل الرجوع على بقية المتضامنين الا بالقدر غير المدفوع من قيمة تلك الورقة، ذلك لان موضوع الدين المصرفي واحداً ولا يتعدد بتعدد المدينين للمتضامنين⁽³⁾. وهنا قد يتبادر تساؤل عن مدى امكانية المدين المصرفي في اجبار الحامل على قبول الوفاء الجزئي؟

وللإجابة على ذلك نقول، إن التشريعات التجارية لم تتفق بشأن هذه المسألة: فذهبت بعض التشريعات كاتفاقية الاونسيترال لعام 1988، إلى إن الحامل غير ملزم بقبول الوفاء بجزء من قيمة الورقة التجارية⁽⁴⁾، بينما

(1) د. عبد الرزاق السنهاوي، الوسيط...، ج3، المرجع السابق، ص342.

(2) انظر المادة (90/أربعاً) من قانون التجارة العراقي، والمقابلة للمواد (39) من قانون جنيف الموحد، (170) من قانون التجارة الاردني، (77) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(3) د. سالم عبد الرضا طويرش، المرجع السابق، ص90.

(4) انظر المادة (73) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

الزمت معظم القوانين التجارية الحامل بقبول الوفاء الجزئي⁽¹⁾، ويشترط لإلزام الحامل بذلك الوفاء أن يكون حاصلاً في ميعاد استحقاق الورقة التجارية إذ «لا يجبر حامل (الحوالة) على قبض قيمتها قبل الاستحقاق»⁽²⁾؛ فإن رفض الحامل الوفاء الجزئي الحاصل في ميعاد الاستحقاق جاز للمدين أن يعرضه عليه عرضاً صحيحاً، ثم يقوم بإيداع ذلك المبلغ وفقاً لقواعد العرض والإيداع المنصوص عليها في القانون المدني⁽³⁾.

وبالمقابل لا يجوز للحامل الرجوع على بقية المتضامنين الا بالقدر غير المدفوع من قيمة الورقة التجارية، وإن كان قد رفض الوفاء الجزئي مما يعني إن الحامل هو الذي يتحمل لوحده مسؤولية عدم استيفاء ذلك الجزء المعروض من قيمة الورقة التجارية.

والواقع إن سياسة المشرع التجاري في إلزام الحامل بقبول الوفاء الجزئي لها ما يبررها، إذ إن لثر الوفاء الجزئي لا يقتصر على الحامل فقط، بل يمتد ليشمل بقية المتضامنين المصرفيين الذين يكون من مصلحتهم الاقتصاد على دفع الجزء غير الموفى من قيمة الورقة التجارية بدلاً من دفع قيمتها كاملة⁽⁴⁾، فحاول المشرع التجاري التخفيف من اعباء الملتزمين المصرفيين، كونه أثقل كاهلهم عندما نص على التضامن فيما بينهم في مواجهة الحامل، فمنع الحامل من رفض الوفاء للجزئي في محاولة لتحقيق الموازنة بين مصلحتي الحامل والملتزمين المصرفيين.

(1) انظر المواد (39) من قانون جنيف الموحد، (90) تجارة عراقي، (170) تجارة أردني.

(2) المادة (91) تجارة عراقي وتقابلها المواد (40) جنيف الموحد، (171) تجارة أردني.

(3) انظر المواد (1257) مدني فرنسي، (336 - 340) مدني مصري، (385 - 389)

مدني عراقي، (322 - 328) مدني أردني.

(4) د. أمين محمد بدر، الالتزام المصرفي...، المرجع السابق، ص 83.

ويرى فقهاء القانون التجاري إن حكم إلزام الحامل على قبول الوفاء الجزئي، يقتصر على الوفاء الجزئي الذي يعرضه المسحوب عليه فقط ولا يمتد إلى الوفاء الجزئي المعروض من بقية الملتزمين الصرفيين، على اعتبار أن هذا الحكم يُعد حكماً خاصاً بالمسحوب عليه، لا يجوز التوسع في تفسيره⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تعدد الروابط

إن وحدة محل الالتزام لا تمنع من وجود روابط متعددة، تربط الحامل بالملتزمين للصرفيين ومستقلة بعضها عن بعض⁽²⁾، ويتجلى ذلك واضحاً من خلال قاعدة استقلال التوقييع والتي يُراد بها اعتبار كل من يضع توقيعه على الورقة التجارية ملتزماً التزاماً مستقلاً عن التزامات غيره من الموقعين⁽³⁾.

ويترتب على مبدأ تعدد الروابط النتائج الآتية:

أولاً: إن رجوع الحامل على أحد الملتزمين الصرفيين لا يفقده حقه في الرجوع على الآخرين⁽⁴⁾، فإذا شعر الحامل بأنه قد أقام للدعوى على ملتزم معسر، أو

(1) د. صلاح الدين الناهي،... المرجع السابق، 452؛ د. محمد حسني عباس، الأوراق التجارية في التشريع الكويتي، المرجع السابق، ص 164.

(2) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج 2، في آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزامات، ط 1، مركز حماد للطباعة، أربد، الأردن، 1997، ص 418.

(3) د. أحمد البسام، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الأوراق التجارية، مطبعة العالبي، بغداد، 1969، ص 102؛ د. سمير عاليه، الوجيز في القانون التجاري، ط 1، بيروت، 1987، ص 276.

(4) د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص 125-126؛ د. رفعت أبابير، المرجع السابق، ص 142.

رأى أن يوجه مطالبته لملتزم آخر ظهر له فيما بعد إن مطالبته تعد أكثر جدوى أو ليسر من الدعوى الأولى، أو بدا له أي سبب لخر لهذه المطالبة للجديدة، فإن الحامل لا يتقيد بالمطالبة الأولى، بل إن له أن يدخل للملتزم المصرفي الآخر خصماً في الدعوى الأولى ويرفع دعوى جديدة على الملتزم الآخر يطالبه فيها وحده بكل قيمة الورقة التجارية.

ولم يلزم المشرع التجاري الحامل بمراعاة ترتيب التزم المتضامنين المصرفيين⁽¹⁾، بمعنى أنه لم يرتب على إقامة الدعوى على ملتزم معين امتناع إقامتها على ملتزم آخر وإن كان لاحقاً للملتزم الذي أقيمت عليه الدعوى ابتداءً⁽²⁾، وهذا على خلاف ما كان عليه للقانون التجاري المصري السابق الذي اشترط على الحامل، متى اختط سبيل المطالبة الفردية، ضرورة مراعاة ترتيب توقيع الملتزمين المصرفيين، بحيث رتب على مطالبة الساحب براءة ذمة جميع الملتزمين الآخرين كما رتب على مطالبة أي مظهر براءة ذمة المظهرين اللاحقين عليه في التزامهم⁽³⁾، على المفترض إن الحامل عند مطالبته أحد الملتزمين المصرفيين قد تنازل عن مطالبة الملتزمين اللاحقين عليه وهو اتجاه منقاد على اعتبار إن المشرع التجاري قد أسند إلى الحامل قصداً قد لا يجوز بخاطره⁽⁴⁾.

(1) انظر المواد: (47) من قانون جنيف الموحد لعام 1930، (44) من قانون جنيف الموحد لعام 1931، (106) من القانون التجاري العراقي، (69) من اتفاقية الاوسنرال.

(2) Henry Cabrillac, Le Cheque et. Le virement, 2 edition, Paris, 1957, p. 113

(3) انظر المادة (164) من قانون للتجارة المصري السابق.

(4) د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص 226.

ثانياً: إن بطلان التزام احد الموقعين على الورقة التجارية لا يؤثر على التزامات غيره من الموقعين، بمعنى انه قد يكون للزام احد الموقعين باطلاً لنقص في اهلية الموقع او لتزوير توقيعه، ففي مثل هذه الاحوال يتحمل الموقع من المسؤولية المصرفية الا ان بطلان للزامه لا يستفيد منه غيره من الموقعين الاخرين الذين يظل التزامهم صحيحاً⁽¹⁾. وهو ما نصت عليه المادة (47) من قانون للتجارة العراقي بالقول «إذا حملت الحوالة توقيعات اشخاص ليس لهم اهلية الالتزام بها او توقيعات مزورة او لأشخاص وهميين او توقيعات غير ملزمة لأصحابها او لمن وقعت الحوالة بأسمائهم، فإن للالتزامات غيرهم من الموقعين عليها تبقى مع ذلك صحيحة».

ثالثاً: لا يستطيع أي ملتزم صرفي التمسك بالدفع الخاصة بغيره من الملتزمين، وهنا لا بد لنا من التعرف على انواع الدفع من حيث مدى لمكانية للملتزم الصرفي من التمسك بها قبل الحامل، فالدفع تقسم الى دفع مشتركة بين جميع الملتزمين للصرفيين ودفع خاصة، فالدفع المشتركة هي الدفع التي يمكن لأي ملتزم التمسك بها في مواجهة الحامل كالدفع ببطلان للورقة التجارية لنقص في احد بياناتها الإلزامية⁽²⁾.

اما بالنسبة للدفع الخاصة فيقصد بها الدفع التي تتعلق بشخص او

(1) د. سمير عالية، المرجع السابق، ص 276.

(2) تختلف القوانين التجارية فيما بينها بشأن تحديد البيانات الواجب توافرها في الورقة التجارية فمثلاً إن ذكر تسمية الحوالة للتجارية ومكان الاداء وتاريخ الانشاء ومكان الانشاء واسم المستفيد، تُعد من البيانات الإلزامية للحوالة التجارية في القانون التجاري العراقي، في حين انها لا تُعد من البيانات الإلزامية في القانون الأنكليزي، كما إن تلك البيانات تختلف في القانون الواحد باختلاف انواع الاوراق التجارية، فمثلاً في القانون العراقي يُعد (اسم المستفيد) من البيانات الإلزامية للحوالة التجارية، في حين انه لا يُعد من بيانات الصك الإلزامية.

التزام أحد الموقعين على الورقة التجارية دون غيره، وهذه الدفع تقسم بدورها على دفع موضوعية ودفع شخصية، فالدفع الموضوعية يمكن التمسك بها في مواجهة كل حامل للورقة التجارية، ومن امتثلتها، الدفع بانعدام الاهلية أو نقصها والدفع بالتزوير والدفع بالإكراه الملجئ، حسب الرأي الراجح، والدفع بعدم مشروعية السبب عند ذكره في الورقة التجارية إضافة إلى الدفع بالتقادم؛ ويعتبر الغلط في طبيعة الورقة التجارية في بعض التشريعات التجارية، كقانون الحوالات التجارية الانكليزي لعام 1882⁽¹⁾ واتفاقية الاونسيترال لعام 1988⁽²⁾، من الدفع الموضوعية التي يمكن أن يحتج بها على الحامل، وإن كان حسن النية، شريطة أن لا يكون الغلط راجعاً إلى افعال الموقع وأن يكون نتيجة غش من طرف آخر.

أما فيما يخص الدفع الشخصية، فإن الملتزم الصرفي يمكنه التمسك بها قبل الحامل سيء النية، ولكن لا يستطيع التمسك بها قبل الحامل حسن النية إلا إذا كانت تلك الدفع متصلة بعلاقة الحامل المدعي بالملتزم المدعى عليه تطبيقاً لقاعدة تطهير الدفع.

ويعتبر الحامل حسن النية إذا لم يكن وقت حصوله على الورقة التجارية قد تصرف بقصد الاضرار بالمدين⁽³⁾، ويفسر جانب من فقهاء القانون التجاري (قصد الاضرار بالمدين) مجرد علم الحامل بالدفع الذي يمكن للمدين

(1) انظر استاذنا د. مجيد العنكي، مبادئ العقد...، المرجع السابق، ص 76-77، والذي يشير في ذلك إلى قضية (Foster v. Makinnon , 1869).

(2) انظر المادة (30) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(3) انظر المواد (17) من قانون جنيف الموحد، (57) من قانون التجارة العراقي، (147) من قانون التجارة الاردني.

التمسك به⁽¹⁾، في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن العلم وحده لا يكفي لإثبات سوء النية، بل لابد من توافر نية الاضرار بالمدين الصرفي ومحاولة حرمانه من التمسك بالدفع التي كان يمكنه التمسك بها تجاه احد الحملة السابقين⁽²⁾.

ويبدو إن الرأي الاول أجدر بالتأييد، إذ إن قاعدة تطهير الدفع تهدف إلى حماية الحامل القانوني وذلك بعدم مطالبته بدفع لم يكن يعلم به، فإن علم بذلك الدفع وقت حصوله على الورقة التجارية انتقت الغاية من تلك القاعدة ولزم تبعاً لذلك استبعادها بحقه.

أما فيما يتعلق بقانون الحوالات التجارية الانكليزي فقد عرّف في المادة (90) حسن النية بالقول: يُعتبر العمل صادراً عن حسن نية عندما يكون في الحقيقة صادراً عن استقامة سواء اكان هناك اهمال ام لم يكن؛ تجدر الاشارة هنا إلى إن القانون الانكليزي لا يكتفي بحسن النية لتطبيق قاعدة تطهير الدفع، بل يلزم أن يكون الحامل قانونياً، وقد عرفت المادة (29) منه الحامل القانوني بأنه «الحامل الذي استلم حوالة تجارية تامة ونظامية، وبموجب الشروط الاتية:

أ- أن يكون قد أصبح حاملاً للحوالة التجارية قبل فوات ميعاد استحقاقها وأن لا يكون عالماً برفض قبولها إذا سبق وقُدمت للقبول.

(1) د. صلاح الدين الناهي، الوسيط...، المرجع السابق، ص228؛ د. محمد حسني عباس، الأوراق التجارية في التشريع الكويتي، المرجع السابق، ص94؛ د. فوزي محمد سامي ود. فائق للشماع، المرجع السابق، ص152.

(2) د. رزق الله الطحاكي ود. نهاد السباعي، الوسيط...، المرجع السابق، ص373؛ د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، ص90؛ د. علي سلمان العبيدي، عدم التمسك بالدفع...، المرجع السابق، ص62.

ب- أن يكون قد استلم الحوالة التجارية بحسن نية وبالقيمة والا يكون عالماً، وقت نقلها إليه، بوجود عيب في ملكية من نقلها إليه».

ويُعد من قبيل الدفوع الشخصية الدفع بعيوب الرضا من غير الاكراه الملجئ والدفع بعدم مشروعية السبب او تعدله والدفع بعدم تنفيذ الالتزام الذي كان السبب في نشوء الالتزام الصرفي.

والدفوع الخاصة، سواء أكانت دفوعاً موضوعية لم شخصية، لا التمسك بها الا من قبل الملتزم صاحب تلك الدفوع دون غيره من الملتزمين إذ لا يمكنهم الاستفادة من تلك الدفوع، ولم يخرج المشرع التجاري على هذه القاعدة الا بصدد الضامن إذ لجاز له التمسك ببطان التزام الشخص المضمون لعيب في الشكل⁽¹⁾.

رابعاً: إن مقدار التزام احد المتضامنين الصرفيين قد يختلف عن مقدار التزام غيره من المتضامنين، وهذه النتيجة يمكن تصورها بإحدى فرضيتين:

الفرضية الأولى: حصول تحريف بمبلغ الورقة التجارية، سواء أكان بالحذف ام بالإضافة ام بالتغيير ام بغيرها من وسائل التحريف وسواء أكان التحريف عفواً ام ارادياً، والقاعدة هنا إن كل موقع على الورقة التجارية يلتزم بمقتضى الشروط والبيانات التي تتضمنها تلك الورقة وقت توقيعه عليها⁽²⁾، عملاً بأحكام المادة (131) من قانون التجارة العراقي وما تنص عليه من التزام الموقعين اللاحقين على التحريف بما ورد في النص المحرف، والزام الموقعين السابقين على التحريف بما ورد في العنق الاصلي؛ فاذا كان

(1) انظر المواد (32) من قانون جنيف الموحد، (82) من قانون التجارة العراقي، (163) من قانون التجارة الاردني.

(2) د. احمد البسام، المرجع السابق، ص 104.

الساحب مثلاً قد وقع على الورقة التجارية عند سحبها وهي تتضمن مبلغ عشرة الاف دينار وامكن تحريفها إلى مئة ألف دينار، فهذا يلتزم الموقعون على الورقة التجارية، قبل حصول التحريف بالمبلغ الاصلي (عشرة الاف دينار) شريطة أن يثبتوا حصول التحريف فضلاً عن اثبات توقيعهم على الورقة التجارية قبل حصول ذلك التحريف، اما بالنسبة للملتزمين اللاحقين على التحريف فيلتزمون بموجب المبلغ للمحرف⁽¹⁾.

تجدر الإشارة هنا إلى إن المادة (64) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي قد نصت على إن كل تحريف (هام) في الحوالة يفقدها صحتها الا بالنسبة للشخص ذي المصلحة الذي رضي بهذا التحريف وللمظهرين المتعاقبين⁽²⁾.

الفرضية الثانية: اقتصار التزام بعض الموقعين على ضمان جزء من مبلغ الورقة التجارية، حيث أجاز المشرع التجاري لبعض الملتزمين قصر التزامهم على ضمان جزء من مبلغ الورقة التجارية، فمثلاً يجوز للمظهر تحديد التزامه بمبلغ معين، كما يجوز للضامن تحديد التزامه بضمان جزء من مبلغ الورقة التجارية⁽³⁾، كما يجوز للمسحوب عليه أن يقصر قبوله على جزء من مبلغ الحوالة التجارية⁽⁴⁾. اما بالنسبة لساحب الورقة التجارية او محررها

(1) د. عزيز المكيلى، الاوراق التجارية وصليات البنوك، ط1، الاصدار الاول، الدار

العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص229.

(2) انظر في تفصيل ذلك المحامي يوسف سليم كحلا، الشيك: تاريخه ونظامه وتطبيق احكامه في القوانين التجارية والجزائية في البلاد العربية والاجنبية واتفاقيات جنيف الموحدة، مطابع لى العرب، دمشق، 1967، ص340-342.

(3) المادتان (80، 154) من قانون التجارة العراقي، وتقابلهما المادة (46) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(4) المادتان (80، 154) من قانون التجارة العراقي، وتقابلهما المادة (46) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

فلا يجوز له اعفاء نفسه من ضمان الوفاء كلياً أو جزئياً، ويقع باطلاً كل شرط يقضي بخلاف ذلك⁽¹⁾.

صفوة القول: إن مقدار التزام احد المتضامنين يمكن أن يكون مختلفاً عن مقدار التزام الآخرين، وفي هذه الحالة يُسأل كل منهم مسؤولية شخصية وتضامنية في حدود مقدار التزامه عند رجوع الحامل عليه، دون التقيد بمقدار التزام غيره من المتضامنين.

المطلب الثاني

رجوع الحامل على المتضامنين المصرفيين

تتطلب دراسة الرجوع المصرفي التعرف أولاً على الشروط التي يمكن من خلالها أن يتم ذلك الرجوع (الفرع الاول)، إضافة الى تحديد المبالغ التي يجوز للحامل مطالبة المتضامنين المصرفيين بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط ممارسة الرجوع المصرفي

إذا كان المشرع التجاري قد منح الحامل ميزة التضامن المصرفي وما توفره له من حق في ممارسة الرجوع على جميع المتضامنين المصرفيين، فإن هذا الحق ليس مطلقاً وإنما قيده المشرع بلزوم توافر شروط معينة تتمثل في ضرورة تحقق حالة من حالات الرجوع المصرفي (الفقرة الاولى) واتخاذ الحامل الاجراءات التي فرضها عليه المشرع التجاري (الفقرة الثانية)، فضلاً عن ضرورة اقامة الدعوى قبل انقضاء مدة التقادم (الفقرة الثالثة).

(1) للمادتين (55، 646) من قانون التجارة العراقي وتقابلهما المواد (390، 485) من قانون التجارة المصري للنفاذ، (39) من اتفاقية الاونسيوترال لعام 1988.

الفقرة الاولى: تحقق حالة من حالات الرجوع المصرفي

لقد حدد المشرع التجاري الحالات التي يجوز فيها لحامل الورقة التجارية الرجوع على المتضامنين للصرفيين وتلك الحالات هي:

النبذة الاولى: عدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية، إن الغاية القصوى لحامل الورقة التجارية هي الحصول على قيمتها في ميعاد استحقاقها عند تقديمها للمسحوب عليه، بالنسبة للحوالة والصك، او للمحرر، بالنسبة للسند الامر، فإن تحقق ذلك الوفاء انتهت حياة الورقة التجارية، وبذلك ينقضي الالتزام المصرفي لجميع المتضامنين على الورقة التجارية⁽¹⁾، وهو ما نصت عليه صراحة المادة (77) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988 بالقول «2- وفاء المسحوب عليه بقيمة السفتجة كلها او بعضها للحامل او لموقع يكون قد دفع قيمتها، يبرئ جميع الموقعين من التزاماتهم بالمقدار نفسه».

اما إذا لم يتم المسحوب عليه او المحرر بدفع قيمة الورقة التجارية، سواء أكان ذلك بسبب عدم قدرته على الوفاء لم لعدم تلقيه مقابل الوفاء من الساحب، فينشأ للحامل الحق في الرجوع المصرفي على سائر الملزمين بموجب الورقة التجارية⁽²⁾.

وقد يعين الساحب او احد المظهرين او الضامن لاي منهم مسحوباً عليه احتياطياً، ليقبل الحوالة التجارية او ليدفع قيمتها او لهما معاً، إذا امتنع المسحوب عليه الاصلي عن القبول او الدفع، لتجنب الرجوع عليه في احدى هاتين الحالتين؛ فهذا يكون الحامل مقيد بمطالبة المسحوب عليه الاحتياطي،

(1) د. سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص225؛ د. علي البارودي، القانون التجاري،

طبعة 1985، للمرجع السابق، ص200.

(2) انظر المواد (102، 169) من قانون التجارة العراقي، (58) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

عند رفض المسحوب عليه الاصل للقبول أو الدفع في ميعاد الاستحقاق وإثبات ذلك الرفض بعمل الاحتجاج المناسب. ولا يستطيع الحامل الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق على من صدر عنه هذا التعيين أو على الموقعين لللاحقين عليه، إلا بعد تقديم الحوالة إلى من عُيِّن لقبولها أو لوفاتها عند الاقتضاء وامتنع الأخير عن قبولها أو وفاتها وإثبات ذلك الامتناع باحتجاج⁽¹⁾.

النبذة الثانية: عدم قبول الحوالة للتجارية، يُعد تقديم الحوالة للقبول، في الأصل، حقاً اختيارياً للحامل⁽²⁾، مالم يوجد شرط بخلاف ذلك سواء أكان بالزام الحامل بتقديم الحوالة للقبول خلال فترة محددة، أم بمنعه من تقديمها للقبول⁽³⁾.

وإذا ما قدمت الحوالة للقبول فنكون أمام فرضيتين: إما أن يقبل المسحوب عليه الحوالة ويصبح ملتزماً صرفياً بموجبها (وهذا يجب على الحامل تقديمها مرة أخرى للمسحوب عليه عند حلول ميعاد استحقاقها لغرض الوفاء بها)، أو أن يرفض المسحوب عليه قبول الحوالة؛ وفي هذه الحالة يكون للحامل خيارين: إما أن يتجاهل هذا الرفض وينتظر لحين حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية، من أجل تقديمها للوفاء، لتحديد الموقف النهائي للمسحوب عليه بالقيام بالوفاء أو بالامتناع عنه كما سبق للأخير أن امتنع عن القبول⁽⁴⁾، وقد يفضل الحامل الرجوع الفوري على بقية المتضامنين عند رفض المسحوب عليه للقبول وقد منح المشرع التجاري للحامل هذا الحق⁽⁵⁾.

(1) المادة (55) من قانون جنيف الموحد، وتقبلها المادة (115) من قانون التجارة العراقي.

(2) انظر المواد (70) من قانون التجارة العراقي، (49) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(3) انظر المواد (71) من قانون التجارة العراقي، (49، 50) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(4) د. حسين محمد سعيد، المرجع السابق، ص 260.

(5) انظر المواد (43) من قانون جنيف الموحد، (147) من القانون التجاري الفرنسي،

(104) من قانون التجارة العراقي، (54) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

والواقع إن رجوع الحامل على الملتزمين قبل ميعاد الاستحقاق، بسبب رفض القبول، يعد تطبيقاً لما تقضي به القواعد العامة من سقوط أجل الدين عند تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات⁽¹⁾، ذلك لأن القبول هو ضمان للحامل يؤكد حقه في الحصول على قيمة الحوالة التجارية، ولما كان جميع الملتزمين الصرفيين ضامنين قبول المسحوب عليه لذا فإن رفض الأخير للقبول يُعد تخلفاً من الملتزمين عن تقديم ما وعدوا به من ضمان يترتب عليه سقوط أجل الحوالة مما يوفر للحامل الحق بالرجوع المبسر على الملتزمين الصرفيين⁽²⁾.

النبة الثالثة: العجز عن الوفاء حكماً، الاصل أنه لا يجوز للحامل الرجوع على الملتزمين الصرفيين الا في حالتي رفض الوفاء او رفض قبول الحوالة التجارية، بيد إن المشرع التجاري قد قدر أن هناك حالات تستوجب سقوط أجل الورقة التجارية وتمكين الحامل من الرجوع المبسر على المتضامنين الصرفيين، تتمثل تلك الحالات بطرود تغيير على المركز المالي للمسحوب عليه او الساحب يفترض معه عدم قدرته على الوفاء عند حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية، بحيث يكون الانتظار لحين حلول ذلك الميعاد غير مبرر إذ إن النتيجة تكون معلومة سلفاً بعدم قدرة المسحوب عليه على الوفاء⁽³⁾، وقد حصر المشرع التجاري تلك للحالات بـ:

أولاً: حالة صدور حكم بإعسار المسحوب عليه، قابلاً كان او غير قابل⁽⁴⁾، او

(1) انظر المادة (295) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (273) من القانون المدني المصري.

(2) د. مصطفى كمال طه، الاوراق التجارية...، المرجع السابق، ص 192.

(3) د. عبد الله محمد العمران، المرجع السابق، ص 212.

(4) انظر المادة (102) من قانون التجارة العراقي.

توقفه عن دفع ديونه ولو لم يثبت ذلك التوقف بحكم قضائي، أو حجز أمواله جزأً غير مجدٍ.

ثانياً: حالة اعسار صاحب الحوالة المشروط عدم تقديمها للقبول حتى لو كان المنع من التقديم للقبول محدداً بمدة معينة وافلس الساحب خلال تلك المدة⁽¹⁾، ذلك لأن الحامل في هذا النوع من الحوالة لا يستطيع تقديمها للمسحوب عليه للقبول من أجل الحصول على الضمان الذي يؤمنه من خطر اعسار الساحب، لذا فإن الحامل يكون معتمداً في الوفاء على الساحب، فإن أعسر الأخير اختلت ثقة الحامل بالورقة التجارية وجاز له الرجوع على سائر الملتزمين الصرفيين⁽²⁾.

ويلاحظ على المشرع التجاري انه قد فرق بين حالات الرجوع المبسر للأسباب المتعلقة بالساحب وتلك المتعلقة بالمسحوب عليه، ففي الوقت الذي لم يُجز للحامل الرجوع المبسر الا في حالة اعسار الساحب، نجده قد أجاز للحامل ذلك الرجوع في حالات اعسار المسحوب عليه أو توقفه عن الدفع أو حجز أمواله جزأً غير مجدٍ.

والواقع انه لا يوجد أي مبرر لهذه التفرقة، لذا نقترح على المشرع التجاري المساواة بين تلك الحالات من خلال اعطاء الحامل الحق في الرجوع المبسر في حالات توقف الساحب عن الدفع أو حجز أمواله جزأً غير مجدٍ.

(1) د. اكرم ياملكي، الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقيات جنيف الموحدة، والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 218.

(2) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، 193.

الفقرة الثانية: اتخاذ الحامل الاجراءات التي فرضها عليه المشرع للتجاري
لقد فرض المشرع التجاري على الحامل، علاوة على تحقق حالة من
حالات الرجوع الصرفي، أن يقوم بعمل احتجاج عدم القبول او عدم الوفاء
(النبة الاولى)، وإخطار الملتزمين بواقعة تخلف المسحوب عليه او المحرر
عن القبول او الوفاء (النبة الثانية).

النبة الاولى: عمل احتجاج عدم القبول او عدم الوفاء

لما كان الامتناع عن القبول او الوفاء يعطي للحامل الحق في الرجوع
على المتضامين الصرفيين، فقد أراد المشرع التجاري التحقق من تقديم
الورقة التجارية للمسحوب عليه (بالنسبة للحالة التجارية والصك) او
المحرر (بالنسبة للسند للأمر) ورفض قبولها او رفض الوفاء، فأوجب على
الحامل اثبات ذلك عن طريق احتجاج عدم القبول او عدم الوفاء⁽¹⁾.

ويُزَم عمل احتجاج عدم القبول في المواعيد المحددة لتقديم الحوالة للقبول،
اما بالنسبة لاحتجاج عدم الوفاء فيُزَم عمله عن الورقة التجارية المستحقة الدفع
في يوم معين او بعد مدة معينة من تاريخ نشأتها او من تاريخ الاطلاع عليها، في
أحد يومي العمل للتاليين ليوم الاستحقاق، لما إذا كانت الحوالة مستحقة الدفع لدى
الاطلاع وجب عمل احتجاج عدم الوفاء خلال سنة من تاريخ نشأتها⁽²⁾. في حين
لُزمت اتفاقية الاونسيترال لعام 1988 الحامل بعمل احتجاج عدم القبول او عدم
الوفاء في اليوم الذي رُفض فيه للصك او في احد ايام العمل الاربعة التالية له⁽³⁾.

(1) انظر المواد (103)، قانون التجارة العراقي، (182) من قانون التجارة الاردني،
(59) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(2) المادة (103) من قانون التجارة العراقي والمقابلة للمواد (147) من القانون التجاري
الفرنسي، (182) من قانون التجارة الاردني.

(3) انظر المادة (61) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

وقد لناط المشرع التجاري العراقي بكتاب العدل مهمة عمل الاحتجاج⁽¹⁾، وأوجب ضرورة أن يشتمل الاحتجاج على صورة حرفية للورقة التجارية ولكل ما ورد فيها خاصاً بقبولها أو تظهيرها أو ضمانها أو أداء قيمتها عند الاقتضاء وغير ذلك من البيانات. كما يجب أن يشتمل الاحتجاج على التنبيه بوجوب أداء الورقة وإثبات حضور أو غياب من عليه قبولها أو أدائها وأسباب الامتناع عن القبول أو الأداء والعجز عن وضع الامضاء أو الامتناع عنه ومقدار ما دفع من قيمة الورقة في حالة الأداء الجزئي⁽²⁾.

أما فيما يتعلق باتفاقية الأونسيترال لعام 1988 فقد استلزمت ضرورة أن يشتمل الاحتجاج على اسم الشخص الذي طلب عمل الاحتجاج ومكان عمل ذلك الاحتجاج والطلب الذي قدم ولرد عليه، إن وجد، أو واقعة عدم إمكان العثور على المسحوب عليه أو للقابل أو المحرر⁽³⁾.

ولم تبيّن القوانين التجارية جزاء تخلف البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الاحتجاج، إلا أن الرأي الراجح في الفقه⁽⁴⁾، يذهب إلى القول بضرورة التمييز بين تلك البيانات من حيث أهميتها، فإن كان البيان المتخلف هو بيان جوهري، بحيث يفقد الاحتجاج بدونه الغاية من تحريره، ترتّب على ذلك بطلان الاحتجاج،

(1) انظر المادة (180) من قانون التجارة للعراقي والمقابلة للمادة (192) من قانون التجارة الاردني؛ أما بالنسبة لاتفاقية الأونسيترال لعام 1988 فقد نصت في المادة (60) على أن الاحتجاج ((يعمل في المكان الذي حصل فيه للرفض، ويكون موقعاً ومؤرخاً من شخص منوط به هذا العمل طبقاً لقانون ذلك المكان)).

(2) المادة (180) من قانون التجارة العراقي وتقابلها للمادة (193) من قانون التجارة الاردني.

(3) المادة (60) من اتفاقية الأونسيترال لعام 1988.

(4) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، ص: د. أكرم ياملكي، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، ص: 223.

لما إذا كان البيان المتخلف هو من البيانات غير الجوهرية، كإغفال ذكر سبب رفض القبول أو الوفاء، فلا يترتب عليه بطلان الاحتجاج؛ وفي كل الأحوال فإن تقدير جوهرية أو عدم جوهرية البيان المتخلف تُعد مسألة موضوعية يترك للقاضي الموضوع تحديدها بحسب ظروف كل حالة على حدة⁽¹⁾.

وقد اختلفت التشريعات التجارية في مسألة جواز الاستعاضة عن عمل الاحتجاج ببيان آخر: فذهبت غالبية التشريعات المستمدة من قانون جنيف الموحد⁽²⁾، إلى عدم قيام أية ورقة أخرى مقام عمل الاحتجاج، من حيث الاصل، والاستثناء هو جواز إثبات الامتناع عن الوفاء بالصك ببيان صادر من المسحوب عليه مع ذكر يوم تقديم الصك شريطة أن يكون البيان مؤرخاً ومكتوباً على الصك ذاته⁽³⁾.

في حين نجد إن بعض التشريعات التجارية كاتفاقية الاونسيترال لعام 1988، قد اختلفت طريقاً آخر إذ إنها جعلت الاصل هو جواز الاستعاضة عن الاحتجاج بتصريح يكتب على الورقة التجارية موقع ومؤرخ من قبل المسحوب عليه أو للقبال أو المحرر أو للشخص المعين في الصك لإجراء الدفع في محل إقامة شخص مسمى شريطة أن يذكر في التصريح واقعة رفض القبول أو رفض الوفاء، وجعلت الاستثناء على ذلك لزوم عمل الاحتجاج في حالة ما إذا اشترط أحد الملزمين صراحة في الورقة التجارية عمل الاحتجاج⁽⁴⁾. أما بالنسبة لقانون الحوالات التجارية الانكليزي فإنه فرق

(1) د. اكرم ياملكي، للمرجع السابق، ص 223.

(2) كقانون التجارة العراقي (المادة 181) و قانون التجارة الاردني (المادة 194).

(3) المادة (169) من قانون التجارة العراقي، المادة (260) من قانون التجارة الاردني التي اجازت ايضاً اثبات الامتناع عن وفاء الصك ببيان مؤرخ من غرفة المقاصة يذكر فيه عدم وفاء الصك.

(4) المادة (60) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

بين الأوراق التجارية الدولية (التي يتبين من متنها أنها مسحوبة أو مظهرة في بلد اجنبي) والأوراق التجارية الداخلية، فأوجب عمل الاحتجاج بواسطة الكاتب العدل لإثبات واقعة الامتناع عن قبول أو وفاء الورقة التجارية الدولية⁽¹⁾، أما بالنسبة للأوراق التجارية الداخلية فلم يلزم الحامل بعمل الاحتجاج من قبل الكاتب العدل إلا في حالة وجود شرط في الورقة التجارية بضرورة عمل الاحتجاج، ولكن حتى في هذه لفرضية فقد لجاز هذا القانون للحامل (في حالة ما إذا كانت دائرة الكاتب العدل مزحمة ومشغولة) أن يجري الاحتجاج بصورة تصريح من قبل شخص مشهور بالاستقامة أمام شاهدين مزيكين⁽²⁾.

وقد رتب المشرع التجاري على عدم قيام الحامل بعمل الاحتجاج سقوط حقه في الرجوع على المتضامنين الصرفيين، بيد إن هذا السقوط يقتصر فقط على الدعوى الصرفية ولا يمتد إلى الدعاوى المسببة المتعلقة بعلاقة الدائنية والمديونية التي كانت السبب في نشوء الالتزام الصرفي⁽³⁾، هذا من جانب ومن جانب آخر، فإن التمسك بسقوط حق الحامل المهمل يختلف باختلاف صفة الملتزمين الصرفيين ومراكزهم القانونية وحسب التفصيل الآتي:

ففيما يخص المسحوب عليه القابل ومحرر السند للأمر فلا يجوز لهما التمسك بسقوط حق الحامل إن لم يتم بعمل الاحتجاج، وهو ما نصت عليه صراحة التشريعات التجارية المختلفة⁽⁴⁾، أما بالنسبة للساحب فإنه يستطيع

(1) المادة (2/51) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي.

(2) المادة (94) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي.

(3) د. فائق الشماخ، سقوط حق حامل الورقة التجارية المهمل، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العددان (2،1)، 1987، ص 31.

(4) انظر المواد (53) من قانون جنيف الموحد، (156) من القانون التجاري الفرنسي،

(111) من قانون للتجارة العراقي، (190) من قانون للتجارة العراقي الاردني،

(63) من اتفاقية الارنستبرال لعام 1988.

التمسك بسقوط حق الحامل المهمل إذا كان قد سبق له أن قُتِمَ مقابل الوفاء للمسحوب عليه، أما إذا لم يكن (المساحب) مقدماً لذلك المقابل فلا يستطيع التمسك بسقوط حق الحامل وإنْ أهمل في اتخاذ الإجراءات القانونية ومنها عمل الاحتجاج، وهذا هو موقف أغلب التشريعات التجارية⁽¹⁾، ولا تشذ عن ذلك إلا بعض التشريعات كاتفاقية الاونسيترال لعام 1988 التي نصت على براءة صاحب السفينة الدولية في حالة عدم قيام الحامل بعمل الاحتجاج الواجب دون تمييز بين ما إذا كان المساحب قد قُتِمَ مقابل الوفاء أم لم يكن مقدماً له⁽²⁾. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن تلك الاتفاقية لم تُلزم المساحب بتقديم مقابل الوفاء.

أما بالنسبة للمظهر فإن له، في الاصل، التمسك بسقوط حق الحامل المهمل عند رجوع الاخير عليه⁽³⁾، ذلك لأن المظهر لا يُعد مدينأً أصلياً في الورقة التجارية كما أنه قد سبق له أن دفع قيمة الورقة التجارية لمن ظهرها له، ومن ثم فإن تمسكه بالسقوط لا يربط له اثرأء بدون سبب على حساب الحامل⁽⁴⁾، غير أن المظهر لا يستطيع التمسك بالسقوط إنْ كان قد أعفى الحامل من عمل الاحتجاج.

(1) انظر المواد (53) من قانون جنيف الموحد، (111) من قانون التجارة العراقي، (190) من قانون التجارة الاردني والمواد المقابلة لها في بقية القوانين المستمدة من قانون جنيف الموحد.

(2) المادة (63) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(3) انظر المواد (53) من قانون جنيف الموحد، (156) من القانون التجاري الفرنسي، (111) من قانون التجارة العراقي، (63) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(4) د. محمد حسني عباس، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي، المرجع السابق، ص 204؛ د. فائق الشماخ، سقوط حق...، المرجع السابق، ص 39؛ د. كمال محمد ابو سريخ، المرجع السابق، ص 280.

اما فيما يخص الضامن والقابل بالتدخل فلن مركزهما يتحدد بمركز الملترم الذي تدخل لمصلحته، إذ انهما يلتزمان بالكيفية التي يلتزم بها من حصل الضمان او القبول لمصلحته⁽¹⁾، ومن ثم يجوز للضامن والقابل بالتدخل أن يتمسكا بسقوط حق الحامل المهمل متى كان الملترم المضمون حق التمسك بذلك السقوط، اما إذا كان الملترم المضمون من الاشخاص الذين لا يجوز لهم التمسك بالسقوط امتنع على الضامن (او القابل بالتدخل) ذلك ايضاً، وهو ما نصت عليه صراحة المادة (63) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988 بالقول: «1- إذا كان عمل الاحتجاج لرفض الصك بعدم القبول او بعدم الوفاء واجباً ولم يعمل الاحتجاج على الوجه الصحيح فإن الساحب والمظهرين وضامنيهم يبرأون من التزامهم بموجبه. 2- عدم عمل الاحتجاج لا يبريء القابل او المحرر وضامنيهما او ضامن المسحوب عليه من التزامهم بموجبه».

تجدر الاشارة اخيراً إلى ان هناك حالات يُعفى فيها الحامل من عمل الاحتجاج وتتمثل تلك الحالات بـ:

1- حالة صدور حكم بإعصار المسحوب عليه او ساحب الحوالة المشروط عدم تقديمها للقبول، إذ يكفي تقديم حكم الاعصار ليتمكن الحامل من ممارسة الرجوع الصرفي⁽²⁾.

2- حالة اغفاء الحامل من عمل الاحتجاج⁽³⁾.

(1) انظر المواد (83/اولاً، 120/اولاً) من قانون التجارة العراقي.

(2) انظر المواد (103) من قانون التجارة العراقي، (182) من قانون التجارة الاردني.

(3) انظر المواد (105) من قانون التجارة العراقي، (184) من قانون التجارة الاردني،

(62) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

3- حالة سبق عمل احتجاج عدم القبول، كونه يعني عن عمل احتجاج عدم الوفاء⁽¹⁾.

4- حالة طرء قوة القاهرة تمتد لأكثر من ثلاثين يوماً محسوبة من تاريخ الاستحقاق أو من تاريخ الاخطار، (بالنسبة للحالة التجارية والسند للأمر)⁽²⁾، أو امتداد القوة القاهرة لأكثر من خمسة عشر يوماً من التاريخ الذي قام فيه الحامل بإخطار من ظهر له الصك بقيام القوة القاهرة (بالنسبة للصك)⁽³⁾.

النبهة الثانية: اخطار الملتزمين بواقعة عدم القبول أو عدم الوفاء

الزم المشرع للتجاري حامل الورقة التجارية بإخطار الملتزمين الصرفيين بعدم قبولها أو بعدم وفائها، وقد اختلفت التشريعات التجارية في تحديد الأشخاص الذين يجب على الحامل إخطارهم:

فالزمت بعض التشريعات التجارية الحامل بإخطار المظهر الأخير والساحب فقط، وهذا هو اتجاه قانون جنيف الموحد والتشريعات المستمدة منه⁽⁴⁾، أما بالنسبة لاتفاقية الأونسيترال لعام 1988 فقد لوجبت على الحامل إخطار الساحب والمظهر الأخير وجميع المظهرين الآخرين والضامنين الذين يمكن للحامل التحقق من عناوينهم استناداً إلى البيانات الموجودة في الورقة التجارية⁽⁵⁾.

(1) المادة (103) من قانون التجارة العراقي، (182) من قانون التجارة الاردني.

(2) المادة (112) من قانون التجارة العراقي، أما بالنسبة لاتفاقية الأونسيترال لعام 1988 فإن مدة الثلاثين يوماً تكون محسوبة من تاريخ الرفض (المادة 62 من الاتفاقية)، كما إن هذه الاتفاقية قد اضافت حالة أخرى للإعفاء من عمل الاحتجاج مفادها إذا كان الساحب والمسحوب عليه أو القابل في السفطة شخصاً واحداً، (الفقرة 2/ج من المادة 62 منها).

(3) انظر المواد (171) من قانون التجارة العراقي، (266) من قانون التجارة الاردني.

(4) انظر المواد (45) من قانون جنيف الموحد، (149) من القانون التجاري الفرنسي، (104) من قانون التجارة العراقي.

(5) المادة (64) من اتفاقية الأونسيترال لعام 1988.

لما في القانون الانكليزي فإن الحامل ملزم بإعطاء الساحب وجميع المظهرين اخطاراً بأن الورقة التجارية لم تُشرف بالقبول او بالوفاء بحسب الاحوال⁽¹⁾.

ولم يحدد المشرع التجاري شكلاً معيناً للإخطار، مما يعني إن الإخطار يجوز أن يتم بأي شكل من الأشكال، فيمكن أن يكون شفهيّاً أو تحريراً ويعتبر مجرد ارجاع الورقة التجارية المرفوضة لخطاراً كافياً⁽²⁾، ولكن المهم أن يتم الإخطار خلال الفترة التي حددها المشرع التجاري وهي اربعة ايام العمل التالية ليوم عمل الاحتجاج او ليوم تقديمها للقبول او الوفاء إذا اشتملت على شرط الرجوع بلا مصاريف، بالنسبة لقانون جنيف الموحد والقوانين المشتقة منه⁽³⁾، اما بالنسبة لاتفاقية الاونسيترال لعام 1988 فقد اوجبت على الحامل الإخطار خلال يومي العمل التاليين ليوم عمل الاحتجاج او ليوم الرفض في حالة وجود شرط اعفاء من عمل الاحتجاج⁽⁴⁾. بينما يلزم عمل الإخطار في القانون الانكليزي في اليوم التالي ليوم رفض قبول او وفاء الورقة التجارية.

وقد اختلفت التشريعات التجارية في تحديد الاثر المترتب على اهمال الحامل في القيام بإخطار من يجب عليه اخطارهم: فرتبت بعض القوانين، كقانون الحوالات التجارية الانكليزي، على عدم الإخطار سقوط حق الحامل قبل الملتزمين الذين لم يتم اخطارهم⁽⁵⁾، بينما لم ترتب غالبية التشريعات

(1) انظر المادة (48) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي.

(2) انظر للمواد (104) من قانون التجارة العراقي، (6/49) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، (65) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(3) انظر المواد (45) من قانون جنيف الموحد، (149) من القانون التجاري الفرنسي، (104) من قانون التجارة للعراقي.

(4) المادة (66) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(5) انظر المادة (48) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي.

التجارية على عدم الاضرار سقوط حق الحامل بل كل ما في الامر انها الزمت الحامل بتعويض من وجب عليه اخطاره عما يلحقه من ضرر من جراء عدم الاضرار شريطة أن لا يتجاوز التعويض مبلغ الورقة التجارية⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة: الرجوع على الملتزمين المصرفيين قبل اكتمال مدة التقادم

يلزم حامل الورقة التجارية بإقامة دعوى الرجوع المصرفية قبل اكتمال مدة التقادم المصرفي⁽²⁾. وتختلف مدد التقادم والتاريخ الذي يبدأ منه احتساب تلك المدد تبعاً لاختلاف التشريعات التجارية:

ففيما يخص قانون جنيف الموحد والقوانين المستمدة منه تتحدد مدد تقادم دعوى الحامل كالآتي:

- 1- تتقادم دعوى الحامل تجاه المسحوب عليه القابل او محرر السند للأمر او ضامنهما، بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق، بالنسبة للحالة والسند للأمر⁽³⁾، او من تاريخ انقضاء مدة تقديم الصك بالنسبة للصك⁽⁴⁾.
- 2- تتقادم دعوى الحامل ضد الساحب والمظهرين وضامنهم بمضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في الميعاد القانوني او من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الورقة التجارية على شرط الرجوع بلا مصاريف، هذا بالنسبة

(1) انظر المواد (45) من قانون جنيف الموحد، (149) من القانون التجاري الفرنسي،

(104) من قانون التجارة العراقي، (68) من اتفاقية الأونسيترال لعام 1988.

(2) انظر بهذا المعنى قرار محكمة التمييز العراقية رقم 33/هـنة عامة اولى /1975 بتاريخ 1975/5/31، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، السنة السادسة، 1975، ص144.

(3) انظر المواد (70) من قانون جنيف الموحد، (179) من القانون التجاري الفرنسي،

(132) من قانون التجارة العراقي، (214) من قانون التجارة الاردني.

(4) انظر المواد (175) تجارة عراقي، (271) تجارة اردني.

للمحوالة التجارية والسند للأمر⁽¹⁾، في حين تتقدم دعوى الحامل ضد صاحب ومظهري الصك بمضي ستة أشهر من تاريخ انقضاء ميعاد تقديم الصك⁽²⁾.

اما بالنسبة لاتفاقية الاونسيترال لعام 1988 فإنها قد حددت مدد التقادم وتاريخ بدأها وذلك في المادة (84) منها والتي تنص على انه «1- لا يجوز بعد انقضاء اربع سنوات ممارسة الحق في إقامة دعوى ناشئة عن صك:
أ- على محرر السند الواجب الدفع عند الطلب او على ضامنه، وذلك اعتباراً من تاريخ السند؛

ب- على القابل او المحرر في الصك الواجب الدفع في ميعاد معين او على ضامتهما، وذلك اعتباراً من تاريخ الاستحقاق؛

ج- على ضامن المسحوب عليه في السفجة الواجبة الدفع في ميعاد معين، وذلك اعتباراً من تاريخ الاستحقاق، او من تاريخ الاحتجاج لرفض السفجة بعدم القبول، او من تاريخ عدم القبول في حالة الاعفاء من الاحتجاج؛

د- على قابل السفجة المستحقة الدفع عند الطلب او ضامنه، وذلك اعتباراً من تاريخ قبولها، او من تاريخ نشائها إذا كان تاريخ القبول غير مبين؛

هـ- على ضامن المسحوب عليه في السفجة الواجبة الدفع عند الطلب، وذلك اعتباراً من تاريخ توقيعه على السفجة، او من تاريخ نشاء السفجة إذا كان تاريخ التوقيع غير مبين؛

(1) انظر المواد (70) من قانون جليف الموحد، (179) تجاري فرنسي، (132) تجارة عراقي.

(2) انظر المواد (52) من قانون جنيف الموحد لعام 1931، (52) من قانون توحيد احكام الصك الفرنسي، (175) من قانون التجارة العراقي، (271) من قانون التجارة الاردني.

و- على الساحب أو المظهر أو ضامنهما، وذلك اعتباراً من تاريخ عمل الاحتجاج لرفض القبول أو رفض الوفاء، أو من تاريخ الرفض في حالة الاعفاء من عمل الاحتجاج».

أما بالنسبة لقانون الحوالات التجارية الانكليزي فإنه لم ينص على تحديد مدة لتقادم دعوى الحامل على الملتزمين الصرفيين، الأمر الذي يحتم ضرورة الرجوع إلى قانون التقادم لعام 1939 والذي نص على تقادم الدعوى في العقود البسيطة بعد ست سنوات من التاريخ الذي كان يمكن اقامتها فيه من قبل المدعي أول مرة⁽¹⁾.

وبما إن الورقة التجارية عند الانكليز تُعد من قبيل العقود البسيطة فإنها تخضع لمدة تقادم الالتزامات العقدية.

الفرع الثاني: المبالغ التي يجوز للحامل مطالبة المتضامنين الصرفيين بها
لقد حددت المادة (107) من قانون التجارة العراقي⁽²⁾ المبالغ التي يجوز للحامل المطالبة بها عند رجوعه على الملتزمين الصرفيين بالقول: «لحامل الحوالة مطالبة من له حق الرجوع عليه بما يأتي:

أ- أصل مبلغ الحوالة غير المقبولة أو غير المدفوعة مع الفوائد الاتفاقية إن كانت مشروطة؛

(1) نقلاً عن د. مجيد حميد العنكي، مبادئ العقد...، المرجع السابق، ص 187.

(2) تقابلها المواد (48) من قانون جنيف الموحد لعام 1930، (45) من قانون جنيف الموحد لعام 1931، (152) من القانون التجاري الفرنسي، (45) من قانون توحيد أحكام الصك الفرنسي، (443، 522) من قانون التجارة المصري النافذ، (57) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، (70) من اتفاقية الاونسيترال.

ب- الفوائد القانونية ابتداء من تاريخ الاستحقاق؛

ج- مصاريف الاحتجاج والاضطرابات وغيرها من المصاريف».

وينطبق حكم هذه المادة على السند للأمر والصك عملاً بأحكام المادتين (135، 137) من قانون التجارة العراقي.

يظهر لنا من نص المادة (107) إن المبالغ التي يحق للحامل المطالبة بها هي: أصل مبلغ الورقة التجارية والفوائد والمصاريف، ومنصوص فقرة مستقلة لكل من هذه المبالغ مع اضافة فقرة رابعة لبحث مدى إمكانية الحامل بالمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي تلحق به من جراء التأخير في الوفاء.

الفقرة الاولى: اصل مبلغ الورقة التجارية

يُتَّصَد بأصل مبلغ الورقة التجارية: المبلغ الذي تعهد به الساحب أو امر المسحوب عليه بأدائه⁽¹⁾، ويمثل هذا المبلغ بياناً إلزامياً من بيانات الورقة التجارية⁽²⁾ مما يحتم الأمر ضرورة تحديده تحديداً دقيقاً بعيداً عن الغموض، ويعتبر جميع المتضامنين الصرفيين ضامنين للوفاء بهذا المبلغ، ومن ثم يجوز للحامل مطالبته به عند امتناع المسحوب عليه أو المحرر عن وفاءه⁽³⁾، وقد أولى المشرع التجاري عناية فائقة لتنظيم مسائل مبلغ الورقة التجارية من أجل اجتناب ما قد يحصل من نزاع بين الحامل و الملتزمين الصرفيين عند حصول اشكال في مسألة معينة، ويظهر هذا التنظيم واضحاً من خلال القواعد التي أرساها المشرع التجاري في هذا المجال:

(1) د. رزق الله انطاكي، للسفحة أو سند المسحب، للمرجع السابق، ص 360.

(2) انظر المواد (40، 133، 138) من قانون التجارة العراقي، (3، 73، 83) من قانون

الحوالات التجارية الانكليزي، (3) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(3) د. عزيز المكيلى، الاوراق التجارية، للمرجع السابق، ص 156.

فقد اعطى الاولوية للمبلغ المكتوب بالحروف، عند كتابة مبلغ الورقة التجارية بالحروف و الأرقام معاً وحصول اختلاف بينهما، كما اعطى الاولوية للمبلغ الأقل في حالة كتابة المبلغ بالحروف او بالأرقام عدة مرات وحصول اختلاف بين المبالغ المذكورة⁽¹⁾.

اما فيما يتعلق بنوع العملة التي يجب الوفاء بمقتضاها فينبغي التمييز بين ما إذا كانت العملة التي عين على اساسها مبلغ الورقة التجارية، عملة وطنية أم عملة اجنبية: فإن كان الوفاء مقرراً بعملة وطنية، فلا يثير ذلك ادنى صعوبة، إذ ينبغي وفاء مبلغ الورقة التجارية بالعملة الوطنية دونما أثر لارتفاع او انخفاض قيمة تلك العملة⁽²⁾؛ وفي حالة تعيين مبلغ الورقة التجارية بعملة تحمل التسمية نفسها التي تحملها عملة دولة اخرى غير الدولة التي يجب اجراء الوفاء فيها ولم يثبت إن المقصود هو عملة دولة معينة بذاتها، وجب الوفاء بعملة للدولة التي يجب الوفاء فيها⁽³⁾. اما إذا كان الوفاء مقرراً بعملة غير عملة الدولة التي يجب الوفاء فيها (عملة اجنبية) فإن الحكم يختلف باختلاف القوانين التجارية:

فذهبت غالبية القوانين التجارية، كقانون جنيف الموحد واغلب القوانين المشتقة منه⁽⁴⁾، إلى جواز الوفاء بالعملة الوطنية ما لم يشترط في الورقة

(1) انظر المواد (6) من قانون جنيف الموحد، (45) من قانون التجارة العراقي، (129) من قانون التجارة الاردني، (2/9) من قانون للحوالات التجارية الانكليزي، (8) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(2) د. محمد حسني عباس، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي، المرجع السابق، ص 162.

(3) انظر المواد (41) من قانون جنيف الموحد، (172) من قانون التجارة الاردني، (8) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988، اما بالنسبة للمشرع التجاري العراقي فانه لم يورد نصاً مماثل لذلك.

(4) انظر المواد (41) من قانون جنيف الموحد، (172) من قانون التجارة الاردني.

التجارية ضرورة الوفاء الفعلي بالعملة الاجنبية، بينما أوجبت بعض القوانين التجارية، كقانون التجارة العراقي النافذ، الوفاء بالعملة الوطنية حتى وإن اشترط في الورقة التجارية ضرورة الوفاء بالعملة الاجنبية⁽¹⁾. ويبدو إن المشروع العراقي قد أخذ بالتحفظ الذي نصت عليه المادة (7) من الملحق الثاني لاتفاقية جنيف لعام 1930، والقاضي بجواز الخروج على مبدأ الاداء الفعلي بعملة اجنبية⁽²⁾.

أما عن كيفية الوفاء، فيتم على أساس تقويم العملة الاجنبية بالعملة الوطنية حسب سعر البنك المركزي يوم الاستحقاق، وفي حالة عدم الوفاء في ذلك الميعاد فيكون الحامل الخيار في المطالبة بقيمة الورقة التجارية مقومة بالعملة الوطنية حسب سعرها يوم الاستحقاق او يوم الوفاء، وهو ما نصت عليه المادة (92) من قانون التجارة العراقي. وقد يظهر للوهلة الاولى من نص هذه المادة إن فيها محاباة لمصلحة حامل الورقة التجارية على حساب مصلحة المدين الصرفي، إذ انها أعطت الخيار للحامل في حالة عدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية المشترط وفائها بعملة اجنبية، في ميعاد استحقاقها، في المطالبة بمبلغها مقوماً بالعملة العراقية حسب سعرها لدى البنك المركزي العراقي يوم الاستحقاق او يوم الوفاء من دون تمييز بين حالتي تقديم الورقة التجارية للوفاء وامتناع المسحوب عليه او المحرر عن الوفاء وبين تماهل وتقصير الحامل في التقديم، الامر الذي قد يمنح الحامل فرصة تعتمد عدم

(1) المادة (92) من قانون التجارة العراقي.

(2) تلص المادة (7) من الملحق الثاني لاتفاقية جنيف على إن ((لكل دولة موقعة على الاتفاقية أن تحتفظ برخصة الخروج على المبدأ المذكور في المادة (41) بصدد الاداء الفعلي بنقود اجنبية إذا ما رأت ضرورة لذلك في ظروف استثنائية متصلة بمسح صرف نقود تلك الدولة وذلك بالنسبة للحوالات التجارية القابلة للأداء في إقليمها)).

تقديمه الورقة التجارية للوفاء بتاريخ استحقاقها على امل ارتفاع قيمة العملة التي حُد مبلغ الورقة للتجارية على اساسها خاصة وإن قانون جنيف الموحد قد ميّز بين الحالتين في المادة (41) منه؛ بيد إن المشرع التجاري العراقي قد خفف من غلواء هذا الانتقاد، بغية عمل موازنة بين مصلحتي الحامل والمدين المصرفي، وذلك بإعطاء الاخير الحق في ايداع مبلغ الورقة التجارية لدى الكاتب العدل الذي يقع في منطقته مكان الوفاء في حالة عدم تقديم الورقة التجارية للوفاء يوم الاستحقاق⁽¹⁾، لكي يأمن تقلبات الاسعار⁽²⁾، علماً بأن الايداع يكون على نفقة الحامل ومسؤوليته.

الفقرة الثانية: الفوائد

إن الفوائد، بحسب ما اشارت اليه المادة (107) من قانون التجارة العراقي، اما أن تكون فوائد اتفاقية (النبة الاولى) او فوائد قانونية (النبة الثانية).

النبة الاولى: الفوائد الاتفاقية

يُقصد بالفوائد الاتفاقية الفوائد التي يتفق الاطراف على تحديدها⁽³⁾. ولا بد لنا من معرفة موقف القوانين التجارية من مسألة جواز او عدم جواز اشتراط الفوائد في الورقة التجارية، ولاشك إن لهذه المسألة اهمية كبيرة إذ يتوقف عليها صحة او عدم صحة ذلك الاشتراط، والمعلوم إن المتضامنين المصرفيين لا يكونوا ملزمين بالفوائد الاتفاقية الا إذا كان اشتراطها جائزاً.

(1) انظر المادة (93) من قانون التجارة العراقي.

(2) د. صلاح الدين الناهي، الوسيط...، المرجع السابق، ص420.

(3) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج2، احكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص83.

والواقع إن القوانين التجارية تنقسم فيما بينها حول مسألة جواز أو عدم جواز اشتراط الفوائد في الورقة التجارية، فذهبت بعض القوانين التجارية إلى عدم جواز اشتراط الفائدة في جميع انواع الاوراق التجارية، وتمثل هذا الاتجاه بنظام الاوراق التجارية السعودي إذ نصت المادة (6) منه على أن (اشتراط فائدة الكمبيالة يعتبر كأن لم يكن) ويسري هذا الحكم على السند للأمر والصك، وذلك اعمالاً لأحكام الشريعة الاسلامية التي تمثل النظام العام في المملكة العربية السعودية⁽¹⁾.

في حين ذهبت بعض القوانين التجارية إلى اعتبار الاصل هو عدم جواز اشتراط الفائدة في الورقة التجارية والاستثناء هو الجواز في الحوالة التجارية والسند للأمر المستحقى الوفاء لدى الاطلاع لو بعد مدة معينة من الاطلاع عليهما دون غيرهما من انواع الاوراق التجارية الاخرى، وتمثل هذا الاتجاه بقانون جنيف الموحد والقوانين التي حنت حذوه⁽²⁾. وقد علل الفقه ذلك بالقول، إن سرعة تداول الورقة التجارية تتطلب معرفة المبلغ الكلي للورقة التجارية بسهولة بمجرد النظر اليها وهو الامر الذي لا يمكن للتوصل اليه في حالة ذكر فائدة على ذلك المبلغ، نظراً لما يتطلبه بيان الفوائد من حسابات قد يصعب تحديدها، كما إن الحوالة والسند للأمر المستحقى الاداء في تاريخ معين أو بعد مدة معينة من تاريخ نشأتهما يمكن فيهما تحديد مقدار الفائدة

(1) المذكرة الايضاحية لنظام الاوراق التجارية السعودي، ص38، نقلاً عن د. سعيد يحيى، المرجع السابق، ص45.

(2) انظر المواد (5) من قانون جنيف الموحد لعام 1930، (112) من القانون التجاري الفرنسي، (44) من قانون التجارة العراقي، (128) من قانون التجارة الارمني. أما بشأن الصك فقد نصت هذه القوانين صراحة على بطلان الفائدة فيه، انظر المواد (7) من قانون جنيف الموحد لعام 1931، (7) من القانون الفرنسي الخاص بالصك، (145) من قانون التجارة العراقي.

واضافتها مقدماً إلى مبلغ الورقة التجارية على خلاف الحوالة والسند للأمر للمستحقي الوفاء لدى الاطلاع او بعد مدة معينة من الاطلاع، إذ لا يمكن تحديد ميعاد استحقاقهما بدقة عند انشائهما، لذا فقد اجاز القانون فيهما اشتراط الفائدة⁽¹⁾. بينما نصت بعض القوانين التجارية على جواز اشتراط الفائدة في جميع انواع الاوراق التجارية بصورة مطلقة، ومن تلك القوانين، قانون الحوالات التجارية الانكليزي، إذ نصت المادة (9) منه على إن «المبلغ يعتبر معيناً: 1- إذا اشترطت معه فائدة»، والملاحظ على هذا النص انه قد جاء مطلقاً مما يعني جواز اشتراط الفائدة في جميع انواع الاوراق التجارية⁽²⁾، وهو ذات الاتجاه الذي اتخذه اتفاقية الاونسيترال لعام 1988، فقد نصت المادة (7) منه على انه «يعتبر مبلغ الصك معيناً وإن اوجب الصك الوفاء به مع الفائدة».

وينبغي تحديد سعر الفائدة الواجب دفعها في كل الاحوال التي يجوز فيها اشتراط الفائدة⁽³⁾، شريطة أن لا يتجاوز الحد الاعلى المسموح به لسعر الفائدة وقد حددت المادة (172) من القانون المدني العراقي الحد الاعلى للفائدة الاتفاقية بـ (7%) فاذا اتفق الاطراف على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى (7%) ورد ما دفع زائداً على هذا المقدار⁽⁴⁾.

(1) د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع، المرجع السابق، ص 106.

(2) د. مجيد حميد العليكي، انشاء الحوالة التجارية (المفتحة) في القانون الانكليزي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد (1، 2)، بغداد، 1987، ص 245.

(3) انظر المواد (44) من قانون التجارة العراقي، (112) من القانون التجاري الفرنسي، (8) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(4) انظر المادة (172) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (227) من القانون المدني المصري.

ويجب تحديد تاريخ بدء سريان الفوائد الاتفاقية وفي خلافه تسري الفائدة ابتداءً من تاريخ إنشاء الورقة التجارية.

تجدر الإشارة إلى إن اتفاقية الاونسيترال لعام 1988 قد اجازت تعيين السعر الذي تدفع به الفائدة بوصفه سعراً ثابتاً أو سعراً متغيراً وقد اشترطت الاتفاقية لاعتبار السعر متغيراً أن يكون سعر الفائدة متغيراً إلى واحد أو أكثر من اسعار الفائدة التي يمكن الرجوع اليها وفقاً للأحكام التي ينص عليها الصك، شريطة أن يكون كل سعر من الاسعار التي يمكن الرجوع اليها منشوراً أو متاحاً بوسيلة أخرى للجمهور، والا يكون خاضعاً بطريقة مباشرة أو غير مباشرة للتحديد من جانب واحد بمعرفة شخص مسمى في الصك وقت انشائه، الا إذا كان ذلك للشخص معيناً فقط في الاحكام المتعلقة بسعر الفائدة الذي يمكن الرجوع اليه⁽¹⁾. وإذا عين سعراً متغيراً للفائدة الواجب دفعها جاز أن ينص فيه صراحة على إن السعر المتغير لا يجوز أن يكون اقل أو أكثر من سعر محدد أو على أن تكون التغيرات محدودة⁽²⁾، وفي حالة عدم امكانية تحديد السعر المتغير للفائدة، لأي سبب كان، فيكون سعر الفائدة هو السعر الذي يصبح واجب الاستيفاء نتيجة لإجراءات قانونية متخذة في نطاق الولاية القضائية للبلد الذي تدفع فيه قيمة الصك⁽³⁾.

ويجوز للحامل المطالبة بالفوائد الاتفاقية للفترة من تاريخ إنشاء الورقة التجارية، ما لم يحدد تاريخاً آخر لبدء سريان تلك الفوائد، إلى تاريخ استحقاق الورقة التجارية لان الفائدة الاتفاقية تنتهي عند ميعاد الاستحقاق لتبدأ الفائدة القانونية⁽⁴⁾.

(1) الفقرة (6) من المادة (8) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(2) الفقرة (7) من المادة (8) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(3) الفقرة (2) من المادة (70) بدلالة الفقرة (8) من المادة (8) من اتفاقية الاونسيترال

عام 1988.

(4) د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماخ، المرجع السابق، ص 107.

النبة الثانية: الفوائد القانونية، يقصد بالفوائد القانونية الفوائد التي يتولى القانون تحديدها والتي يلتزم المدين بدفعها على سبيل التعويض عن التأخير في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له⁽¹⁾. وتسري الفوائد القانونية على أصل مبلغ الورقة التجارية وفوائده الاتفاقية فقط، وهذا خلاف لما كانت تذهب اليه بعض القوانين، كقانون التجارة المصري السابق، من التوسع في سريان الفوائد القانونية لتشمل الفوائد المستحقة على المصاريف أيضاً⁽²⁾.

ويختلف تاريخ بدء سريان الفوائد القانونية باختلاف القوانين التجارية، ففيما يخص قانون جنيف الموحد والقوانين المستمدة منه فقد نصت على سريان الفوائد ابتداءً من تاريخ الاستحقاق⁽³⁾، أما قانون الحوالات التجارية الانكليزي فانه قد نص في المادة (57) على سريان الفائدة من تاريخ تقديمها للوفاء إذا كانت الورقة التجارية مستحقة عند الاطلاع، ومن تاريخ استحقاقها بالنسبة لأنواع الأخرى من الأوراق التجارية⁽⁴⁾.

في حين نجد إن القانون التجاري المصري السابق قد ميّز بين الفوائد المستحقة عن أصل الدين، وجعل سريانها من تاريخ عمل الاحتجاج فإذا لم يعمل الاحتجاج فإن الفوائد القانونية لا تسري إلا من تاريخ المطالبة

(1) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، القانون المدني، ج2، احكام الالتزام، بغداد، 1986، ص74.

(2) المادة (188) من القانون التجاري المصري السابق.

(3) انظر المواد (48) من قانون جنيف الموحد، (152) من القانون التجاري الفرنسي، (107) من قانون التجارة العراقي، (186) من قانون التجارة الاردني.

(4) See: Robert Lowe, Commercial Law, Sixth Edition, sweet and Maxwell Ltd. London, 1983, p. 296-297.

القضائية⁽¹⁾، والفوائد المستحقة عن المصاريف، وجعل سريانها من تاريخ المطالبة القضائية⁽²⁾.

اما اتفاقية الاونسيترال لعام 1988 فقد نصت على احتساب الفائدة وفقاً للشرط المتفق عليه، إن وجد شرط على استحقاق فائدة، فإن لم يوجد شرط تحسب الفائدة من تاريخ التقديم⁽³⁾.

كما اختلفت التشريعات التجارية في تحديد سعر الفائدة القانونية، فذهبت بعض القوانين التجارية إلى تحديد سعر الفائدة بمقدار (6%) وهو اتجاه قانون جنيف الموحد⁽⁴⁾، بينما ذهبت قوانين أخرى إلى التمييز بين الاوراق التجارية المسحوبة فيها وجعلت سعر الفائدة هو السعر القانوني الذي يسري على المسائل التجارية، وبين الاوراق التجارية المسحوبة في الخارج والمستحقة الوفاء فيها وجعلت سعر الفائدة (6%)، وتمثل هذا الاتجاه بالقوانين التجارية في سوريا والاردن⁽⁵⁾.

في حين اتجهت بعض القوانين التجارية إلى عدم تحديد سعر للفائدة القانونية ولما اكتفت بما هو محدد في القواعد العامة من اسعار للفائدة في

(1) المادة (187) من القانون التجاري المصري السابق، وللتفصيل انظر د. كمال محمد ابو سريع، المرجع السابق، ص 288.

(2) للمادة (188) من القانون التجاري المصري السابق.

(3) انظر المادة (70) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(4) انظر المادة (48) من قانون جنيف الموحد لعام 1930.

(5) انظر المواد (472، 549) من قانون التجارة السوري، (186، 263) من قانون التجارة الاردني، علماً بأن سعر الفائدة في المعامل التجارية في سوريا هو (5%) وفي الاردن هو (9%).

المسائل التجارية وهذا هو اتجاه قانون التجارة العراقي النافذ⁽¹⁾، كما إن اتفاقية الاونسيترال لعام 1988 لم تحدد هي الاخرى سعراً للفائدة القانونية ولما تركت تحديد ذلك وفقاً للسعر الذي يصبح واجب الاستيفاء نتيجة لإجراءات قانونية متخذة في نطاق الولاية القضائية للبلد الذي يدفع فيه قيمة الصك⁽²⁾، كما إن قانون الحوالات التجارية الانكليزي لم يحدد سعر الفائدة القانونية، مما يقتضي الامر ضرورة الرجوع إلى قانون مقرضي الاموال لسنة 1927 والذي حدد الحد الاعلى للفائدة في المادة (10) بسعر (48%) سنوياً أي (4%) شهرياً⁽³⁾.

الفقرة الثالثة: المصاريف

اجاز المشرع التجاري كذلك لحامل الورقة التجارية الرجوع على الملتزمين المصرفيين بالمصاريف التي تكبدها عند ممارسة حقه في الرجوع عليهم⁽⁴⁾، وتشمل هذه المصاريف: مصاريف عمل احتجاج عدم القبول او عدم الوفاء مع ضرورة ملاحظة انه في حالة ادراج الساحب شرط الرجوع بلا مصاريف فلا يستطيع الحامل للرجوع بمصاريف عمل الاحتجاج على احد، بخلاف الشرط الذي يدرجه المظهر او الضامن، إذ يجوز للحامل الرجوع على جميع الملتزمين بمصاريف الاحتجاج⁽⁵⁾.

- (1) انظر المادة (107) من قانون التجارة للعراقي، علماً بأن سعر الفائدة في المسائل التجارية طبقاً لما نصت عليه المادة (171) من القانون المدني العراقي هو (5%).
- (2) انظر المادة (2/70) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.
- (3) نقلاً عن د. مجيد حميد العنبي، انشاء الحوالة...، المرجع السابق، ص 245.
- (4) انظر المواد (48) من قانون جنيف الموحد، (152) من القانون التجاري الفرنسي، (107) من قانون التجارة العراقي، (57) من قانون الحوالات التجارية الانكليزية، (70) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.
- (5) انظر المادة (105) من قانون التجارة للعراقي.

وتشمل المصاريف أيضاً: مصاريف الاخطارات التي يقوم بها الحامل وسائر المصاريف الاخرى كمصاريف المراسلات والمطالبة ومصاريف الدعوى ورسوم التقاضي وكذلك مصاريف حوالة الرجوع⁽¹⁾، في حالة سحبها، وما تتطلبه من عمولة ورسم الطابع⁽²⁾.

الفقرة الرابعة: التعويض

لقد اختلفت التشريعات التجارية في مسألة النص على امكانية الحامل بالمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي تلحقه نتيجة للتأخير في وفاء قيمة الورقة التجارية، فنصت بعض التشريعات صراحة على امكانية الحكم بالتعويض عن أي خسارة اضافية تلحق بالحامل نتيجة للتأخير عن الوفاء، وتمثل هذا الاتجاه باتفاقية الاونسيترال لعام 1988⁽³⁾.

في حين لم تورد بقية القوانين التجارية نصاً يقضي بإمكانية الحكم للحامل بالتعويض، ولكن مع ذلك فإننا نرى أن اغفال ذكر المشرع التجاري للتعويض ضمن المبالغ التي يجوز للحامل المطالبة بها، لا يصح أن يحمل على انه قد قصد حرمان الحامل منها، بل يتعين تفسير ذلك الاغفال بضرورة الرجوع إلى القواعد العامة والمنصوص عليها بالمادة (173) من القانون المدني العراقي⁽⁴⁾، والتي جاء فيها «2- ويجوز للدائن أن يطالب بتعويض

(1) د. رزق الله لطاكي، السفتجة...، المرجع السابق، ص 367؛ د. جعفر كاظم جبر، الرجوع المصرفي في الورقة التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1997، ص 134.

(2) المادة (114/ثانياً) من قانون التجارة العراقي.

(3) انظر الفقرة الثالثة من المادة (70) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(4) تقابلها المادة (231) من القانون المدني المصري.

تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الاتفاقية إذا ثبت إن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم».

تجدر الإشارة أخيراً إلى أن هذه المبالغ (التي لجاز المشرع التجاري للحامل الرجوع بها على الملتزمين للصرفيين) يمكن أن تُخفض في حالة رجوع الحامل على الملتزمين الصرفيين قبل ميعاد استحقاق الورقة التجارية، لتحقق حالة من حالات الرجوع المبسر التي حددها المشرع التجاري، فقد نصت الفقرة ثانياً من المادة (107) من قانون التجارة العراقي على انه «في احوال الرجوع قبل ميعاد استحقاق الحوالة يجب أن يطرح من قيمتها ما يساوي سعر الخصم الرسمي في تاريخ الرجوع بالمكان الذي يقع فيه مقام الحامل»⁽¹⁾.

ويجري الخصم من قيمة الورقة التجارية بالنسبة للأيام الواقعة بين تاريخ الوفاء وتاريخ استحقاق تلك الورقة⁽²⁾، وإذا تضمنت الورقة التجارية شرط الفائدة، فيتم حساب الفائدة إلى تاريخ الاستحقاق وإضافتها إلى أصل مبلغ الورقة التجارية ثم إجراء الخصم⁽³⁾.

(1) تقابلها المواد: (48) من قانون جنيف الموحد، (152) من القانون التجاري الفرنسي، (186) من قانون التجارة الارمني، (70) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(2) د. مصطفى كمال طه ود. مراد منير فهم، المرجع السابق، ص 181-182.

(3) د. رزق الله لطاكي، الميفتحة...، المرجع السابق، ص 368؛ د. جعفر كاظم جبر، المرجع السابق، ص 135.

المبحث الثاني

علاقة ملتزمين الصرفيين بعضهم ببعض

سنحاول بحث المبادئ التي تحكم علاقة الملتزمين الصرفيين بعضهم ببعض (المطلب الاول)، اضافة الى دراسة رجوع الملتزمين الصرفيين بعضهم على بعض (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المبادئ التي تحكم علاقة الملتزمين الصرفيين بعضهم ببعض:

ترتكز علاقة الملتزمين الصرفيين فيما بينهم على مبدأين اساسيين هما مبدأ عدم انقسام الدين (الفرع الاول)، ومبدأ الديانة التبادلية الناقصة (الفرع الثاني).

الفرع الاول: عدم انقسام الدين

الاصل، وفقاً للقواعد العامة، إن التضامن لا يقوم الا في العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين، بمعنى انه لا يوجد الا تضامن خارجي لمصلحة الدائن، اما في علاقة المدينين بعضهم ببعض فإن الدين ينقسم بينهم ولا يكون امام المدين الذي قام بالوفاء الا الرجوع على الآخرين كل بقدر حصته في الدين⁽¹⁾.

(1) انظر المواد (334) من القانون المدني العراقي، (297) من القانون المدني المصري.

بيد أن الأمر يختلف بالنسبة للتضامن المصرفي، إذ أن المشرع التجاري قد قرر تضامناً داخلياً بين الملتزمين المصرفيين، فضلاً عن التضامن الخارجي في علاقتهم بالحامل⁽¹⁾، ومن ثم فلا مجال لانقسام الدين في العلاقة بين المتضامنين في الالتزام المصرفي فيكون من حق الملتزم، الذي يوفي للحامل بقيمة الورقة التجارية، الرجوع على باقي الملتزمين تجاهه بكل المبلغ الذي أوفاه، أما إذا قام أحد الملتزمين بوفاء جزء من الدين المصرفي فقط فلا يرجع على الملتزمين تجاهه إلا بقدر ما أوفاه مع الفوائد والمصاريف، ولو كان قد حصل في مقابل الجزء الذي وفاه على إبراء المدين من كل الدين نتيجة لصالح، مثلاً، بينه وبين الدائن (الحامل) وقد أكدت هذا المعنى المادة (108) من قانون التجارة العراقي بالقول: «يجوز لمن وفى الحوالة مطالبة ضامنيه بما ياتي: أولاً: للمبلغ الذي أوفاه؛ ثانياً: فوائد هذا المبلغ محسوبة من يوم الوفاء بالسعر للقانوني؛ ثالثاً: المصاريف التي تحملها»⁽²⁾، غير أنه إذا ثبت أن الحامل قد اكتفى بالجزء الذي دفعه الموفي ونزل للأخير شخصياً عن الجزء الباقي تبرعاً منه إليه، كان للموفي حق الرجوع بكل مبلغ الورقة التجارية (بما دفع وبما حصل التبرع به له).

وقد أشارت المادة (106) من قانون التجارة العراقي إلى وجود التضامن الداخلي بين الملتزمين المصرفيين بالقول: «ويثبت هذا الحق -أي الرجوع على الملتزمين منفردين ومجتمعين- لكل موقع على الحوالة إذا أدى قيمتها»⁽³⁾.

(1) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، ص 143.

(2) نقابلها المواد (49) من قانون جنيف الموحد، (153) من القانون التجاري الفرنسي، (444) من قانون التجارة المصري، (57) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، (71) من اتفاقية الاوسيترال لعام 1988.

(3) نقابلها المواد (47) من قانون جنيف الموحد، (106) من القانون التجاري العراقي، (442) من قانون التجارة المصري.

ومن التمعن بهذه المادة يظهر لنا عدم دقة عبارة المشرع التجاري، إذ إن الأخذ بهذه المادة على إطلاقها من شأنه أن يعطي لكل ملتزم يقوم بالوفاء، سواء أكان المظهر أم الساحب (الذي لم يقدم مقابل الوفاء)، أم المسحوب عليه (الذي تلقى مقابل الوفاء)، أن يرجع على سائر الملتزمين الصرفيين منفردين أو مجتمعين ومطالبتهم بما لوفى، وهذا أمر غير مقبول لتعارضه مع أحكام الرجوع الصرفي التي لا تسمح للمظهر عند قيامه بالوفاء إلا الرجوع على الملتزمين السابقين له دون الملتزمين اللاحقين عليه، كما لا تسمح للساحب، الذي لم يسلم مقابل الوفاء، ولا للمسحوب عليه، الذي تلقى ذلك المقابل، أن يرجعا على أحد فيما إذا قاما بوفاء قيمة الورقة التجارية. لذا نقترح على المشرع التجاري العراقي أن يضيف إلى المادة (106) عبارة (تجاه المسؤولون نحوه) أو أي عبارة أخرى تفيد هذا المعنى، ليصبح نص المادة بعد تعديلها «ويثبت هذا الحق لكل موقع على الحوالة إذا أدى قيمتها، تجاه المسؤولون نحوه»، وهو ما نص عليه بالفعل نظام الأوراق التجارية السعودي والقانون التجاري الكويتي وقانون التجارة العماني وقانون المعاملات التجارية الإماراتي واتفاقية الأونسيترال لعام 1988⁽¹⁾.

ويحتل مبدأ عدم انقسام الدين أهمية كبيرة من خلال زيادة ضمان الموفي، وذلك بتحويله مطالبة أي ملتزم من الملتزمين السابقين عليه بكامل المبلغ الذي يدفعه مما يشجع الملتزمين الصرفيين على الوفاء للحامل ما دام بإمكانه الرجوع بما لوفى على بقية المتضامنين⁽²⁾.

(1) انظر المواد (58) من نظام الأوراق التجاري السعودي، (2/481) من قانون التجارة الكويتي، (493) من قانون التجارة العماني، (562) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي، (69) من اتفاقية الأونسيترال لعام 1988.

(2) د. ادوار عيد، الحماية القانونية للشيك...، المرجع السابق، ص 37.

والواقع أن عدم انقسام الدين في العلاقة بين المدينين هو أمر ليس بالغريب حتى في التضامن المدني، وذلك في حالة ما إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو صاحب المصلحة الأساسية في الدين، إذ يقتضي الأمر التمييز بين علاقة المتضامنين بالدائن حيث تسري عليها قواعد التضامن، وعلاقتهم فيما بينهم إذ تسري عليها قواعد الكفالة⁽¹⁾.

ويترتب على ذلك أن قيام أحد المتضامنين من غير المدين الأصلي بالوفاء يجزئ له الرجوع بالدين كله على المدين الأصلي، شأنه شأن الكفيل الذي يوفي بالدين للدائن، وبالمحصلة النهائية فلا يتحمل بالدين إلا المدين الأصلي صاحب المصلحة بالدين وهو ما نصت عليه المادة (335) من القانون المدني العراقي بالقول «إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فهو الذي يتحملة كله قبل الباقيين»⁽²⁾.

ويمكننا تعليل مبدأ عدم انقسام الدين في الأوراق التجارية بالقول: إن التزامات الموقعين على الورقة التجارية لا تنشأ دفعة واحدة من تصرف قانوني واحد، بل تنشأ من تصرفات قانونية متعاقبة يمثل كل واحد منها التزاماً يضاف إلى الالتزام الذي سبقه، ولذلك جعل المشرع التجاري كل موقع ضامن لمن بعده مضمون بمن سبقه⁽³⁾. كما أن الموقع على الورقة التجارية، من غير المدين الأصلي، قد سبق له أن دفع قيمتها بمناسبة انتقال

(1) د. عبد الرزاق السلهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ج3، ص368؛ د. سالم عبد الرضا طويرش، المرجع السابق، ص145؛ د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص299.

(2) تقابلها المادة (299) من القانون المدني المصري.

(3) د. زكي زكي الشعراوي، المرجع السابق، ص207.

ملكيتها له، فالمستفيد الاول يدفع قيمتها للساحب والمظهر اليه يدفع قيمتها للمظهر وهكذا بالنسبة لبقية الملزمين؛ لذا فقد اجاز القانون التجاري للموفي أن يرجع على ضامنيه بكل ما اوفاه وبالمحصلة فإن مبلغ الدين لا يتحملة في النهاية الا شخص واحد هو المدين الاصلي⁽¹⁾.

تجدر الاشارة اخيراً إلى أن مبدأ عدم انقسام الدين لا يطبق على الملزمين من درجة واحدة سواء أكانت هذه الدرجة ناشئة من تعدد الساحبين أم تعدد المظهرين أم تعدد الضامنين⁽²⁾، فإذا لادى احد الملزمين قيمة الورقة التجارية للحامل، فلا يستطيع الرجوع على الملزمين معه في الدرجة نفسها الا بمقدار حصة كل واحد منهم من الدين فضلاً عن حصة المعسر من بينهم على ضوء ما تقتضي به القواعد العامة في التضامن المدني⁽³⁾، وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز العراقية بإحدى قراراتها بالقول «إن تسديد احد المظهرين مبلغ الكمبيالة إلى المصرف ورجوعه بنصف الدين على الثاني تعتبر معاملة جديدة بين المظهرين تخرج عن نطاق الالتزام المصرفي وتخضع لأحكام القانون المدني لا القانون للتجاري»⁽⁴⁾.

(1) انظر د. امين محمد بدر، الاوراق التجارية...، المرجع السابق، ص304؛ د.

مصطفى كمال طه، الاوراق التجارية...، المرجع السابق، ص143.

(2) د. علي سلمان العبيدي، الاوراق التجارية في التشريع المغربي (الكمبيالة، السند للأمر، الشيك)، ط1، للرباط، 1970، ص258 - 259؛ د. شكري احمد المصباحي، المرجع السابق، ص68؛ د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم، المرجع السابق، ص144.

(3) انظر المواد (334) من القانون المدني العراقي، (297) من القانون المدني المصري.

(4) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 689 /حقوقية/ 1968 بتاريخ 1969/2/15، مشار اليه في مؤلف المحامي عبد الرزاق القيسي، المرجع السابق، ص203.

الفرع الثاني: النيابة التبادلية الناقصة

مضمون هذه النيابة أن كل مدين متضامن يعتبر ممثلاً عن باقي المتضامنين بالأعمال النافعة التي يقوم بها لا في الاعمال الضارة⁽¹⁾، بمعنى أنه إذا قام احد المتضامنين بعمل نافع استفاد منه جميع المتضامنين الآخرين اما إذا قام بعمل ضار فان اثر ذلك العمل يقتصر عليه وحده ولا ينصرف إلى غيره من المدينين المتضامنين، هذا المبدأ الذي لرسى دعائمه القانون المدني، بالنسبة للدول التي تأخذ بمبدأ النيابة التبادلية للناقصة، يظهر جلياً بالتضامن الصرفي، كون القانون المدني المرجع في كل ما لم يرد به نص خاص في القانون التجاري، وستستعرض اهم تطبيقات هذا المبدأ من خلال الفقرات الآتية.

الفقرة الاولى: انقطاع التقادم ووقفه

لم يحدد المشرع التجاري أسباباً خاصة لقطع التقادم الصرفي، لذا فانه ينقطع بنفس الاسباب التي ينقطع بها التقادم المسقط في القواعد العامة⁽²⁾. وبالرجوع إلى المادتين (437، 438) من القانون المدني العراقي⁽³⁾، نجد أن التقادم ينقطع بالمطالبة للقضائية عن طريق لقامة دعوى من قبل الدائن

(1) د. عبد القادر الفار، احكام الالتزام (اثر الحق في القانون المدني)، ط5، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص167؛ د. حسين النوري، المرجع السابق، ص212.

(2) انظر قرار محكمة التمييز العراقية رقم 15/مبنية ثلاثة/1972 بتاريخ 1973/8/4، النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الثالثة، 1974، ص108.

(3) تقابلها المواد (382، 383) من القانون المدني المصري، (357، 358) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(الحامل) على المدين امام القضاء بقصد المطالبة بالدين، كما ينقطع التقادم الصرفي بتقديم الدائن طلباً لقبول حقه في التقايصة أو في التوزيع (عندما يعلن عن توزيع اموال المدين على الدائنين دون اشهار افلاسه)، أو باتخاذ الدائن أي عمل للتمسك بحقه لثناء السير في لحدى الدعاوى، وينقطع التقادم الصرفي كذلك بإقرار المدين بحق الدائن، إذ إن الاقرار يُعد تنازلاً من المدين عن التمسك بالمدة السابقة على الاقرار⁽¹⁾.

ويترتب على انقطاع التقادم سقوط المدة السارية للتقادم قبل تحقق أحد اسباب الانقطاع وابتداء تقادم جديد من وقت انتهاء الاثر المترتب على سبب الانقطاع⁽²⁾، ويعتبر ذلك امراً ضاراً بالمدينين المتضامنين الذين تقتضي مصلحتهم استمرار التقادم في سريانه لحين اكتماله، لمنع الدائن من الرجوع عليهم، لذا فإن قطع التقادم بالنسبة ل أحد المتضامنين لا يعني قطعه بالنسبة للباقيين، بل يقتصر اثر القطع على المدين الذي توافرت فيه اسباب الانقطاع، وإذا ما اراد الحامل أن يقطع التقادم في حق جميع المتضامنين وجب عليه اتخاذ اجراء قطع التقادم بالنسبة إلى كل منهم⁽³⁾.

وقد نصت غالبية القوانين التجارية صراحة على اقتصار اثر قطع التقادم على الملزم الذي اتخذ تجاهه الاجراء القاطع⁽⁴⁾، اما بالنسبة للمشرع العراقي فإنه لم يورد نصاً مماثلاً في قانون التجارة النافذ، على الرغم من انه قد نص

(1) شعيب احمد سليمان، التقادم المعسط في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الحقوق، للسنة الخامسة عشرة، 1983، الاعداد (1 - 4)، ص 110.

(2) انظر المادة (176) من قانون التجارة للعراقي.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، ج3، المرجع السابق، ص 333.

(4) انظر المولد: (73) من قانون جنيف الموحد، (216) من قانون التجارة الاردني.

على ذلك في قانون التجارة السابق رقم 149 لسنة 1970، ويبدو أن المشرع التجاري قد اكتفى بما ورد في المادة (329) من القانون المدني⁽¹⁾، من النص على انه «إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة لأحد المدنيين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدنيين».

تجدر الإشارة إلى أن المشرع التجاري قد اعتبر إن صدور حكم بالدين أو حصول الدائن على إقرار به في ورقة مستقلة عن الورقة التجارية يُعد تجديدًا للالتزام الصرفي بتغيير سببه، الأمر الذي يحتم إخراج الالتزام من نطاقه الصرفي وإدخاله ضمن الالتزامات العادية التي تتقادم وفقاً للقواعد العامة⁽²⁾؛ وهو ما نصت عليه المادة (215) من قانون التجارة الأردني والمادة (399) من القانون التجاري اللبناني، عند معالجتهم أحكام التقادم الصرفي بالنسبة للحالة التجارية كنص عام ينطبق أيضاً على السند للأمر والصك على اعتبار أن أحكام الحالة تسري عليهما ما لم تتعارض مع طبيعتهما، أما بالنسبة للمشرع التجاري العراقي فقد أورد هذا النص في المادة (176) عند معالجته لأحكام التقادم الصرفي للصك، الأمر الذي يثير التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق هذا الحكم على الحالة والسند للأمر.

(1) تقابلها المواد (2/292) من القانون المدني المصري، (176) من قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ بينما ذهبت إلى عكس ذلك المادة (1206) من القانون المدني الفرنسي، إذ نصت على إن الإجراءات التي تبأشر ضد أحد المدنيين المتضامنين تقطع التقادم بالنسبة إلى جميعهم، والمادة (36) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي ميزت بين انقطاع وقف التقادم إذ اعتبرت إن وقف التقادم بالنسبة لأحد المدنيين المتضامنين لا يوقفه بالنسبة لبقية المتضامنين، بينما اعتبرت إن قطع التقادم لأحدهم يقطع التقادم بالنسبة إلى الآخرين.

(2) انظر في تفصيل ذلك د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، ص 228.

وقد اجاب البعض⁽¹⁾ عن هذا التساؤل بالقول: إن حكم المادة (176) يقتصر على الصك فقط لما بالنسبة للحالة التجارية والسند للأمر فيخضعا لحكم المادة (439) من القانون المدني العراقي والتي تنص «2- على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم درجة البتات أو إذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقطعت بإقرار المدين كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة».

والواقع أن الاخذ بهذا الرأي يؤدي إلى نتائج غير مقبولة مفادها إن اقرار المدين لا يؤدي إلى تغيير التقادم الصرفي إلى تقادم عادي إلا إذا كانت مدة التقادم الصرفي سنة واحدة، وبالتالي فإن حصول الحامل على اقرار المسحوب عليه القابل في الحالة التجارية أو محرر السند للأمر سوف لا يغير مدة التقادم للصرفي، بل تبدأ مدة جديدة للتقادم لمدة ثلاث سنوات، في الوقت الذي يؤدي حصول الحامل على اقرار صاحب الحوالة أو احد المظهرين فيها أو في السند للأمر إلى قطع للتقادم الصرفي وابتداء تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة، الامر الذي يجعل مدة تقادم دعوى الحامل قبل المظهرين اطول من مدة تقادم دعواه ضد المدين الاصلي (المسحوب عليه القابل ومحرر السند للأمر)، وهو أمر مرفوض لأن من شأنه لبقاء التزام الضامن رغم انقضاء التزام المدين الاصلي.

وتلخيصاً لهذه الاشكالات، نقترح على المشرع التجاري العراقي ايراد نص المادة (176) عند معالجته لأحكام التقادم في الحوالة التجارية لكي تمرى على جميع انواع الاوراق التجارية خاصة وأن قانون التجارة العراقي السابق قد عالج هذه المسألة ضمن احكام الحوالة التجارية⁽²⁾.

(1) انظر د. جعفر كاظم جبر، المرجع السابق، ص 150.

(2) انظر المادة (506) من قانون التجارة العراقي السابق رقم 149 لسنة 1970.

اما بالنسبة لوقف التقادم فانه يعني عدم احتساب المدة التي وقف فيها سريان التقادم، لتحقيق احد اسباب وقف التقادم، اما المدة السابقة على الوقف فإنها تحسب ضمن مدة التقادم، وفي هذا يختلف الوقف عن انقطاع التقادم، حيث أن المدة السابقة على الوقف تحسب ضمن مدة التقادم بينما لا تحسب الفترة السابقة على انقطاع التقادم ضمن تلك المدة⁽¹⁾.

ويُعد وقف التقادم عملاً ضاراً بالمدينين المتضامنين، إذ انه يؤدي إلى اطالة مدة التقادم وهذا عكس ما تقتضيه مصلحة المتضامنين من ضرورة الاسراع في انقضاء مدة التقادم؛ لذا فإن وقف التقادم الصرفي بالنسبة لاحد المتضامنين الصرفيين، لقيام سبب من اسباب وقف التقادم التي نصت عليها المادة (435) من القانون المدني العراقي، لا يترتب عليه وقف التقادم بالنسبة لباقي المتضامنين⁽²⁾؛ لذلك فمن الممكن تصور اكتمال مدة التقادم بالنسبة لبعض المتضامنين الصرفيين دون أن يكتمل بالنسبة إلى البعض الآخر، لتحقيق احد اسباب وقف التقادم بالنسبة لهم.

الفقرة الثانية: خطأ احد الملزمين المتضامنين

قد يقترب احد الملزمين الصرفيين خطأ في تنفيذ التزامه فيكون مسؤولاً عن ذلك الخطأ وحده دون باقي المتضامنين الصرفيين⁽³⁾، لأن ذلك الخطأ من

(1) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية...، المرجع السابق، ص 229.

(2) د. حافظ محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 222.

(3) تنص المادة 330 من القانون المدني العراقي على انه ((لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام الا عن فطه))، وتقابلها المواد (293) من القانون المدني المصري، (38) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، (177) من قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ لما للمادة (1205) من القانون المدني الفرنسي فقد نصت على أن الخطأ للصادر من احد المدينين المتضامنين يجعل جميع -

شأنه الاضرار بالمتضامنين، والنيابة منتفية بالنسبة للأعمال التي تضرهم.

ومن امثلة الخطأ في تنفيذ الالتزام الصرفي قيام احد ملتزمين الصرفيين بوفاء قيمة الورقة التجارية قبل ميعاد استحقاقها، او الوفاء في ميعاد الاستحقاق دون التحقق من تسلسل التوقييع، او دفع قيمة الورقة التجارية رغم المعارضة الصحيحة، او قيام أحد الملتزمين الصرفيين بالوفاء للحامل المهمل دون أن يتمسك بمسقط حق الحامل بالإهمال، او الوفاء للحامل رغم انقضاء مدة التقادم⁽¹⁾، ففي كل هذه الحالات يتحمل الموفي لوحده نتيجة تلك الاخطاء، وذلك اما بإلزامه بالوفاء للذاتن ثانية او بحرمانه من الرجوع على باقي المتضامنين الصرفيين لمطالبتهم بقيمة ما اوفاه.

الفقرة الثالثة: الصلح

يُعرف الصلح بأنه عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي⁽²⁾، ويفترض في الصلح حصول تنازع بين حامل الورقة التجارية والملتزمين الصرفيين، فإن عقدوا جميعاً الصلح مع الحامل فلا شك أن آثار الصلح تنصرف اليهم جميعاً، ولكن قد يعمد الحامل الى عقد صلح مع احد الملتزمين الصرفيين؛ فهل ينصرف اثر هذا الصلح الى بقية الملتزمين المتضامنين ام يقتصر اثره على الملتزم الذي عقد الصلح مع الحامل ؟
لقد اجابت عن هذا التساؤل المادة (331) من القانون المدني العراقي⁽³⁾

= المدينين مسؤولين عن تعويضه كما لو كان قد صدر منهم جميعاً. انظر في

تفصيل ذلك Lucas et. Catala, code civil, paris, 1994 – 1995, p. 624

(1) انظر د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 135.

(2) المادة (698) من القانون المدني العراقي.

(3) تقابلها المواد (294) من القانون المدني المصري، (34) من قانون الموجبات والعقود

اللبنياني، (431) من القانون المدني الاردني.

بالقول «إذا تصالح الدائن مع احد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابرء من الدين او براءة الذمة منه بأية وسيلة اخرى استفاد منه الباقيون، اما اذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً او يزيد فيما هم ملتزمون به فانه لا ينفذ في حقهم الا اذا قبلوه».

وينطوي هذا النص على تطبيق آخر من تطبيقات القاعدة العامة في اعمال فكرة النيابة التبادلية الناقصة بشأن الصلح، فاذا تصالح الحامل مع احد الملتزمين الصرفيين وتضمن للصلح الابرء من الدين الصرفي او للنزول عن جزء منه او النزول عن فوائد الدين او تضمن عقد الصلح شروطاً أخف من الشروط السابقة فهكذا صلح يكون قد وفر نفعاً لبقية المتضامنين الصرفيين، لذا فإن اثره يكون نافذاً في حقهم ويستفيدون منه ويجوز لهم الاحتجاج به على الموفي⁽¹⁾ ويمكن لنا استنباط ذلك من نص المادة (108) من قانون التجارة العراقي والتي اجازت للموفي الرجوع بالمبلغ الذي لوفاه وفوائد هذا المبلغ والمصاريف التي تحملها، وعليه فاذا تضمن الصلح مثلاً لتقصير الملتزم على دفع جزء من قيمة الورقة التجارية فقط، فلا يستطيع الموفي، عند الرجوع على بقية المتضامنين، المطالبة الا بالمبلغ الذي لوفاه، وبهذا يكون باقي المتضامنين قد استفادوا من الصلح الذي عقده غيرهم من المتضامنين.

يستنتى من ذلك الصلح الذي يعقده احد الملتزمين الصرفيين مع الحامل لانهاء التقلية واعادته الى ادارة امواله والتصرف فيها، إذ إن اثر ذلك الصلح يقتصر عليه وحده ولا يستفيد منه باقي المتضامنين وإن اتخذ اتجاهاً في مصلحتهم⁽²⁾.

(1) د. ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص422؛ د. حسين النوري، المرجع

السابق، ص216؛ د. حافظ محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص222.

(2) د. سالم عبد الرضا طويرش، المرجع السابق، ص136؛ د. مصطفى كمال طه،

الاوراق التجارية...، المرجع السابق، ص183.

أما إذا كان من شأن الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً جديداً أو يزيد فيما هم ملتزمون به فلا ينفذ الصلح في حق باقي المتضامنين إلا إذا قبلوه لأن أعمال الذبابة يضرهم⁽¹⁾.

الفقرة الرابعة: المطالبة القضائية وصور الحكم

تنص المادة (330) من القانون المدني العراقي على أنه: «...وإذا اعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر لباقي المدينين»⁽²⁾.

فإذا قام حامل الورقة التجارية بمطالبة أحد الملتزمين المصرفيين بمطالبة قضائية فلا تتعدى آثار تلك المطالبة إلى باقي المتضامنين⁽³⁾، لأن المطالبة القضائية ترتب آثار ضارة بالملتزمين، إذ أنها تقطع التقادم المصرفي وقطع التقادم المصرفي ليس في مصلحة الملتزمين، لذا فإن الملتزم الذي طوّل بمطالبة قضائية لا يمثل الآخرين فيما يضرهم، ولكن لما كانت مطالبة أحد الملتزمين المصرفيين لا تمنع من مطالبة الآخرين، فإن الحامل يستطيع مطالبة باقي الملتزمين بمطالبة قضائية إن أراد أن يجعل آثار المطالبة القضائية تسري في حقهم⁽⁴⁾.

(1) د. حافظ محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص222؛ د. محمد اسماعيل علم الدين،

المرجع السابق، ص89؛ د. حسين النوري، المرجع السابق، ص216.

(2) نقابلها المادة (293) من القانون المدني المصري.

(3) انظر قرار محكمة النقض المصرية بالطعن رقم 762 بتاريخ 1984/11/6،

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، الدائرة المدنية في خمس

سنوات من 1979-1984، ج2، أعداد فتحية محمود قرة، دار المطبوعات الجامعية

ص569 رقم (2).

(4) د. سالم عبد الرضا طويرش، المرجع السابق، ص134.

وإذا صدر حكم ضد أحد الملتزمين، عندما تكون الدعوى مقامة عليه وحده، فإن هذا الحكم لا يسري على باقي المتضامنين ولا يحتج عليهم به⁽¹⁾، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه «إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقيين ومقتضى ذلك أنه حتى فيما بين المدينين المتضامنين أنفسهم، لا يعتبر الحكم الصادر ضد أحدهم حجة على باقيهم»⁽²⁾.

وإذا ما أراد الحامل أن يكون الحكم سارياً في حق باقي الملتزمين فإن عليه أن يدخلهم في الدعوى أو أن يرفع عليهم دعوى أو دعاوى آخر لكي يصدر الحكم في مواجهتهم.

وإذا اختصم الحامل جميع الملتزمين المتضامنين في دعوى واحدة وصدر الحكم عليهم، فلا يترتب على إعلانه لأحدهم سريان مواعيد الاعتراض والاستئناف والتمييز بالنسبة للباقيين⁽³⁾، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه «إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم على المدعى عليهما بالتضامن فإن كل منهما يكون مستقلاً عن الآخر في الخصومة وفي مسلكه فيها والطعن على ما يصدر فيها من أحكام ولا مجال في هذا الوضع للقول بنيلية المسؤولين بالتزام تضامني عن بعضهم البعض في إجراءات الخصومة واعتبار الاستئناف المرفوع عن أحدهما بمثابة استئناف مرفوع من الآخر»⁽⁴⁾.

(1) انظر المواد (333) من قانون المدني العراقي، (269) من قانون المدني المصري.

(2) قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1968/2/22، مشار إليه في مؤلف المستشار انور طلبة، القانون المدني معلقاً على نصوصه بأراء الفقه وأحكام النقض، ج1، ط1، 1975، ص349.

(3) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، 1954 ص 198.

(4) قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1958/1/23، نقلاً عن المستشار انور طلبة، المرجع السابق، ص242.

بيد انه إذا صدر حكم لصالح احد الملتزمين الصرفيين استفاد منه باقي الملتزمين، ما لم يكن الحكم الصادر مبنياً على سبب خاص بالملتزم الذي صدر الحكم لصالحه⁽¹⁾، إذ لا يستفيد من هذا الحكم بقية المتضامنين استناداً لقاعدة استقلال التواقيع⁽²⁾، فاذا ما صدر حكم ببطالن الورقة التجارية، مثلاً، لعيب في الشكل فيستطيع باقي الملتزمين أن يتمسكوا بهذا الحكم، لأن الملتزم الذي صدر الحكم لصالحه يعتبر بمثابة وكيل لهم في الاعمال التي تنفعهم.⁽³⁾

المطلب الثاني

رجوع الملتزمين الصرفيين بعضهم على بعض

سنحاول التعرف على الأساس القانوني لرجوع الملتزمين الصرفيين (الفرع الاول)، بعدها نتبع احوال الرجوع فيما بين الملتزمين الصرفيين (الفرع الثاني).

الفرع الاول: الأساس القانوني لرجوع الملتزمين الصرفيين

عندما يقوم أحد الملتزمين الصرفيين بالوفاء بقيمة الورقة التجارية، يكون بإمكانه الرجوع على الملتزمين تجاهه، وهذا الرجوع إما أن يكون بموجب الدعوى الشخصية (الفقرة الاولى) أو بموجب الدعوى الصرفية (الفقرة الثانية).

(1) انظر المواد (333) من القانون المدني العراقي، (2/296) من القانون المدني المصري، (36) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(2) د. حسين النوري، المرجع السابق ن ص216؛ د. حافظ محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص223.

(3) د. حافظ محمد ابراهيم، للمرجع السابق، ص223؛ د. علي سلمان العبيدي، الاوراق التجارية في التشريع المغربي، المرجع السابق، ص260.

الفقرة الاولى: الدعوى الشخصية

تقوم الدعوى الشخصية على اعتبار نشوء حق شخصي للموفي في نمة الملتزمين تجاهه⁽¹⁾، ويرتكز هذا الحق على أساس ما يكون بين الملتزمين المصرفيين من علاقات سابقة والتي كانت السبب في دخول الموقع كطرف في الالتزام المصرفي.

وقد جرى الفقه⁽²⁾ على تأسيس الدعوى الشخصية اما على أساس الوكالة، وذلك عندما يتم الوفاء ببناء على طلب المدين او بعلمه ودون اعتراض منه، او على اساس الفضالة، بالنسبة للقوانين التي تأخذ بالفضالة، وذلك عندما يتولى احد الاشخاص عن قصد وفاء قيمة الورقة التجارية لحساب شخص اخر دون أن يكون ملزماً بذلك الوفاء⁽³⁾.

وقد تقوم الدعوى الشخصية على اساس الكفالة كما في حالة رجوع الضامن الموفي على الشخص المضمون، واخيراً يمكن أن تقوم الدعوى الشخصية على اساس الاتراء دون سبب، كما في حالة قيام شخص قاصر بإنشاء ورقة تجارية نتيجة لحصوله على منفعة معينة، ففي هذه الحالة وإن كان الساحب للقاصر لا يمكن الزامه صرفياً ولكن يجوز للحامل او للموفي ان يرجع عليه بما أثري به دون سبب⁽⁴⁾، تطبيقاً لنص المادة (234) من القانون المدني العراقي للقاضية بانه «1- اذا كان من تسلم الشيء الغير مستحق ناقص الاهلية فلا يكون ملزماً الا برد ما كسب حتى ولو كان مبيء النية. 2- وكذلك اذا أبطل عقد ناقص الاهلية فلا يرد الا ما كسبه بسبب تنفيذ العقد».

(1) د. سالم عبد الرضا طويرش، المرجع السابق، ص152.

(2) انظر: د. سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص224-225؛ د. رفعت ابادير، المرجع

السابق، ص174-175؛ د. عبد الله محمد العمران، ص223.

(3) انظر المادة (188) من القانون المدني المصري.

(4) د. صلاح الدين الناهي، الوسيط...، المرجع السابق، ص70.

وهو ما نصت عليه المادة (114) من القانون التجاري الفرنسي بالقول «الحالة التي يحررها قصر ليسوا من التجار تعتبر باطلة قبلهم، دون الاخلال بحقوق الاطراف المقررة في المادة (1312) من القانون المدني» وبالرجوع الى المادة (1312) من القانون المدني الفرنسي نجدها تنص على حق المتعاقدين مع القصر باسترداد ما قبضه هؤلاء القصر من مقابل تنفيذاً للتصرف المعقود متى ثبت أن هؤلاء القصر قد اثروا مما قبضوه.

ويجب توخي الدقة عند تحديد اساس الدعوى الشخصية وذلك بالتمييز بين ما اذا كان الموفي ملزماً بالورقة التجارية لم غير ملزماً بها:

فاذا كان الموفي غير ملتزم صرفياً، كما في حالة الموفي بالتدخل او المسحوب عليه غير القابل، فهنا يمكننا تطبيق احكام أي من تلك الاسس عند الرجوع بموجب الدعوى الشخصية.

اما اذا كان الموفي ملزماً بالوفاء فان بعض تلك الاسس، كالوكالة والفضالة، تستبعد من تأسيس الدعوى الشخصية عليها، ذلك لأن القول بوجود وكالة ضمنية او صريحة بين الملتزم الموفي والمدين، بوفاء قيمة الورقة التجارية لا يستقيم مع المبادئ العامة للوكالة، والتي تقتضي جواز عزل الموكل للوكيل او نزول الاخير عن الوكالة⁽¹⁾، في حين انه متى ما تم التوقيع على الورقة التجارية فلا يستطيع المدين أن يقيلا أي ملتزم من التزامه وبالمقابل فإن الملتزم لا يستطيع الامتناع عن الوفاء.

من جانب اخر فإن للقول بأن اساس علاقة الملتزم الموفي بالمدين الاصلي هي علاقة فضالة لا يستقيم مع المبادئ العامة للفضالة، ذلك لأن

(1) انظر المواد (947) من القانون المدني العراقي، (715، 716) من القانون المدني المصري.

الفضالة تقتضي أن يقوم الفضولي بعمل لغيره دون أن يكون ملزماً بذلك⁽¹⁾، في حين أن وفاء الملتزم بمبلغ الورقة التجارية يكون بناءً على التزامه الصرفي الناشئ من توقيعه على الورقة التجارية وبالتالي فلا مجال للقول بوجود الفضالة.

ولا يحتاج الموفي الى الدعوى الشخصية الا حيث تتعذر عليه المطالبة بموجب الدعوى الصرفية، ويشترط في استعمال الدعوى الشخصية أن يكون الملتزم قد وفى بالدين الصرفي، إذ إن الوفاء هو الذي يخول الملتزم بالرجوع، أي أنه مصدر حق للرجوع (فلا رجوع ما لم يسبقه الوفاء)، وأن تعود على المدين منفعة من هذا الوفاء، وذلك ببراءة ذمته من دين كان يشغلها، فإذا كان وفاء الملتزم باطلاً وغير مبرئ لذمة المدين في مواجهة الحامل فلا يستطيع الموفي الرجوع على المدين.

ويلاحظ أن هذه الشروط لا تخرج عن شروط دعوى الاثراء دون سبب وهي افتقار الملتزم الموفي واثراء المدين بالقدر الذي برأت به ذمته بسبب هذا الوفاء⁽²⁾.

وتخضع الدعوى الشخصية لأحكام القواعد العامة في القانون المدني من حيث مدة التقادم وسعر الفائدة القانوني وما الى ذلك من الاحكام ولا تستوجب الدعوى الشخصية اتخاذ الاجراءات التي فرضها المشرع التجاري على الحامل عند ممارسة رجوعه على الملتزمين تجاهه⁽³⁾.

(1) انظر المادة (188) من القانون المدني المصري.

(2) انظر المواد (243) من القانون المدني للعراقي، (179) من القانون المدني المصري.

(3) د. صلاح الناهي، الوسيط...، المرجع السابق، ص 475؛ د. مصطفى كمال طه ود. مراد منير فهم، المرجع السابق، ص 189.

الفقرة الثالثة: الدعوى المصرفية

يُراد بالدعوى المصرفية للدعوى التي تخضع في احكامها لقواعد القانون المصرفي، وتتميز هذه الدعوى بأنها توفر للموفي ميزات لا يوجد لها نظير في الدعوى الشخصية من خلال تطبيق قواعد قانون الصرف كقاعدة تطهير الدفوع او قاعدة عدم منح المدين مهلة للوفاء.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الاساس القانوني لرجوع الموفي بالدعوى المصرفية.

فذهب بعض الفقهاء الى القول بأن الدعوى المصرفية تقوم على اساس الحلول القانوني⁽¹⁾، على اعتبار أن الموفي ملزم بالدين المصرفي مع المدين، والقاعدة تقضي بانه «اذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن بحكم القانون في الاحوال الآتية: أ- اذا كان ملزماً بالدين مع المدين او ملزماً بوفائه عنه»⁽²⁾، كما استدل بعض من انصار هذا الرأي بما جاء في المادة (158) من القانون التجاري المصري السابق والتي تنص على انه «من دفع قيمة الكمبيالة بطريق التوسط يحل محل حاملها فيحوز ماله من الحقوق ويلزم بما عليه من الواجبات».

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية بانه «اذا ادى الكفيل قيمة سند الكمبيال فانه يحل محل الدائن في ذات الحق بالتأمينات التي كانت للدائن

(1) د. محمد علي راتب، المرجع السابق، ص214؛ د. علي حسن بولس، المرجع السابق، ص199؛ د. حافظ محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص310؛ ابو زيد رضوان، المرجع السابق، ص290.

(2) للمادة (379) من القانون المدني العراقي وتقابلها المواد (1251) من القانون المدني الفرنسي، (326) من القانون المدني المصري.

والدفع التي كانت على الدائن»⁽¹⁾.

والواقع إن الأخذ بفكرة حلول الموفي محل الحامل تؤدي الى نتائج غير مقبولة تجدر اليها الإشارة كالآتي:

إن نظام الحلول القانوني يجعل الموفي في نفس المركز القانوني للدائن، ومن ثم فإن الموفي يُعد حسن النية متى حصل الوفاء لشخص حسن النية حتى وإن كان الموفي سيء النية والعكس بالعكس، وهذا مما لاشك يعتبر أمراً مرفوضاً في مجال الأوراق التجارية إذ إن حسن نية الموفي أو سوءها ينظر فيها الى شخص الموفي لا الى شخص الدائن (الحامل) الذي حصل الوفاء له⁽²⁾.

وفقاً لنظام الحلول القانوني، فإن الموفي يحل محل الدائن في حقه بكل ما يرد عليه من دفع⁽³⁾، فإذا كانت للمدين دفع يجوز له التمسك بها قبل الدائن، سواء أكانت تلك الدفع متعلقة بالدين لم خاصة بشخصه، كالدفع ببطان الدين لسبب تتعلق بالنظام العام أو لنقص في الاهلية أو لعيب في الرضا أو بانقضائه بالمقاصة أو التقادم....، جاز له التمسك بهذه الدفع ذاتها في مواجهة الموفي، ومستوي في ذلك أن يكون المدين قد اخطر بها الموفي قبل الوفاء لم لم يخطره بها، فما دام الموفي قد حل محل الدائن في جميع خصائص حقه، فإن هذه الدفع ترد عليه كما كانت ترد في حق الدائن، وهذا على خلاف ما تقتضي به قواعد قانون الصرف من تخويل الموفي حقاً شخصياً مستقلاً عن حق الحامل، له صفاته وخصائصه، ولا ترد عليه الا

(1) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 1025/حقوقية/1968 (هيئة عامة) بتاريخ 1969/12/6، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، 1969، ص 424.

(2) د. حسين محمد سعيد، المرجع السابق، ص 256.

(3) انظر المواد (381) من القانون المدني العراقي، (329) من القانون المدني المصري.

الدفع الخاصة بالموفي دون الدفع التي يجوز التمسك بها قبل الحامل ما لم يكن الموفي سيء النية (عالمًا بالدفع) وذلك تطبيقاً لقاعدة تطهير الدفع⁽¹⁾.

طبقاً لأحكام الحلول القانوني، فإن المدين الموفي بجزء من الدين لا يستطيع الرجوع بما وفاه الا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من الدين، في حين لم يرد مثل هذا الحكم في القانون التجاري، مما يعني إن الملتزم الموفي بجزء من مبلغ الورقة التجارية لا يتقيد رجوعه بما يتقيد به رجوع الموفي بدعوى الحلول فيجوز له أن يسبق الدائن في التنفيذ على اموال المدين او أن يزاحمه في توزيع الناتج من هذه الاموال، غير انه يجوز للحامل في هذه الحالة اذا كان الموفي ملتزماً بضممان باقي الدين الصرفي أن يوقع الحجز على ما يصيب الموفي من توزيع لموال المدين وأن يستوفي من حقه فيتمكن بذلك عملياً من استيفاء حقه قبل أن يحصل الموفي على شيء، اما اذا كان الموفي غير ضامن الا الجزء الذي وفاه للحامل فليس للأخير أن يلجأ الى هذه الوسيلة ولا الى اية وسيلة اخرى يمنع بها الموفي من الرجوع بما وفاه على المدين، الى أن يستوفي كامل حقه من المدين.

إن الاخذ بأحكام الحلول للقانوني من شأنه أن يعطي لكل ملتزم يقوم بالوفاء، وإن كان هو الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، أن يرجع على المسحوب عليه القابل دون أن يكون للأخير الدفع بانتفاء سبب التزلمه (مقابل الوفاء)، نظراً لحلول الساحب محل الحامل وهي نتيجة لا يمكن للتسليم بها في ظل قانون الصرف، من جهة اخرى يكون للموفي الحال محل الدائن أن يرجع على جميع المدينين الآخرين في حين إن الموفي بقيمة الورقة التجارية لا يستطيع الرجوع الا على الملتزمين السابقين عليه دون بقية الملتزمين الآخرين.

(1) انظر في تفصيل ذلك د. عبد الله محمد السران، المرجع السابق، ص 222.

تخول قواعد قانون الصرف الموفي حقوقاً أوسع مدى مما تخوله دعوى الحلول؛ فبينما لا يستطيع الموفي مع الحلول أن يكتسب حقوقاً أكثر من حقوق الدائن، بل «يكون هذا الحلول بالقدر الذي اداه من حل محل الدائن»⁽¹⁾، فإن حق الملتزم المصرفي الذي يقوم بالوفاء لا يقتصر على أصل الدين، بل يشمل أيضاً المصروفات التي انفقها والنفوائد عن المبالغ التي دفعها للحامل من وقت دفعها⁽²⁾، بينما لا تعطيه دعوى الحلول للحق بالنفوائد الا من وقت المطالبة القضائية بها وفقاً للقواعد العامة.

لكل تلك الاسباب فقد هجر غالبية فقهاء القانون التجاري فكرة الحلول القانوني والاتجاه في تفسير الرجوع المصرفي على أساس إن الموفي يعد حاملاً جديداً للورقة التجارية يملك حقاً مستقلاً قبل الملتزمين تجاهه يستمده مباشرة من الورقة التجارية⁽³⁾. وهو الرأي الذي نؤيده، كونه متوافقاً مع احكام التشريع التجاري خاصة وإن هناك العديد من نصوص هذا التشريع تعامل الموفي كحامل جديد للورقة التجارية، فمثلاً نجد أن المادة (78/ثانياً) من قانون التجارة العراقي النافذ تجعل للحامل في حالة عدم الوفاء «مطالبة المسحوب عليه للقابل بدعوى مباشرة ناشئة عن الحوالة بكل ما تجوز المطالبة به بمقتضى المادتين (107) و (108) من هذا القانون»، وبالرجوع

(1) المادة (381) من القانون المدني العراقي.

(2) انظر المادة (108) من قانون التجارة العراقي النافذ.

(3) د. صلاح الدين الناهي، الوسيط...، المرجع السابق، ص476؛ د. مصطفى كمال

طه، الاوراق التجارية...، المرجع السابق، ص210؛ د. محمد حسني عباس،

الاوراق التجارية في التشريع الكويتي، المرجع السابق، ص198؛ د. عبد الله

العمران، المرجع السابق، ص222؛

. P.Lescot et R.Roblot, Op.cit., II, p.138-139

الى متن القانون التجاري نجد أن للمادة (107) تتحدث عن رجوع حامل الورقة التجارية الاخير، اما المادة (108) فإنها تناولت رجوع الموفي بمبلغ الورقة التجارية على سائر الملتزمين تجاهه، ومن تعميم هذا التكييف على سائر انواع الرجوع المصرفي يظهر لنا جلياً أن المشرع التجاري قد اعتبر الموفي حاملاً جديداً للورقة التجارية يستطيع أن يمارس رجوعه في دعوى مباشرة شأنه في ذلك شأن الحامل الذي تم الوفاء له⁽¹⁾.

كما إن المادة (125) من قانون التجارة العراقي قد قضت بأن «يكتسب من اوفى حوالة بطريق التدخل جميع الحقوق الناشئة عنها تجاه من حصل الوفاء لمصلحته وملتزمين تجاه هذا الشخص بمقتضى الحوالة»، ومن التمعن بهذا النص يظهر لنا أن المشرع التجاري لم يشر الى حلول الموفي محل الحامل بل نصّ على اكتساب الموفي حقاً صرفياً مستقلاً تجاه من حصل التدخل لمصلحته وملتزمين السابقين عليه، وهذا يتناسب مع تكييف الموفي كحامل جديد للورقة التجارية.

وإذا كان الامر كذلك فلا بد للموفي أن يكون حائزاً للورقة التجارية، أي يجب عليه استرداد تلك الورقة من الحامل عند قيامه بالوفاء له⁽²⁾، كما يجب على الموفي أن يمارس الرجوع المصرفي على الملتزمين تجاهه قبل انقضاء مدة النقام المصرفي، وتختلف هذه المدة باختلاف مركز من يريد الموفي الرجوع عليه.

(1) د. محمد حسني عباس، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي، المرجع السابق، ص196.

(2) انظر للمادة (90) من قانون التجارة العراقي.

ففيما يخص دعوى الموفي تجاه المسحوب عليه القابل في الحوالة او تجاه محرر السند للأمر فإنها تتقدم بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق بينما تتقدم دعوى الموفي تجاه المسحوب عليه في الصك بمضي ثلاث سنوات من تاريخ انقضاء مدة الصك⁽¹⁾، اما بالنسبة لدعوى الموفي تجاه المظهرين او تجاه الساحب فإنها تتقدم بمضي ستة اشهر من يوم الوفاء او من يوم اقامة الدعوى على الملتمزم الموفي، بالنسبة للحوالة التجارية والسند للأمر⁽²⁾، او من تاريخ انقضاء ميعاد تقديم الصك، بالنسبة للصك⁽³⁾.

اما فيما يتعلق باتفاقية الاونسيترال لعام 1988 فإنها قد حددت مدة تقدم دعوى الموفي ضد الملتمزمين الآخرين بسنة من تاريخ الوفاء⁽⁴⁾.

ويحق للموفي أن يمارس نفس الوسائل التي يجوز للحامل ممارستها عند استيفاء حقه، فله أن يطالب ضامنيه مطالبة فردية او جماعية وهو حر في أن يسلك سبيل المطالبة الودية او المطالبة القضائية او أن يسحب حوالة الرجوع ويجوز له أن يحجز على اموال الملتمزمين المنقولة تجاهه حجزاً احتياطياً⁽⁵⁾، وله أن يستفيد من قاعدة تطهير الدفع إن كان حسن النية وقت انتقال ملكية الورقة التجارية له.

-
- (1) انظر المادة (175) من قانون التجارة العراقي، وقد حددت المادة (156) من هذا القانون مدة تقديم الصك بعشرة ايام، بالنسبة للصك المسحوب في العراق والمستحق الوفاء فيه، وبسنتين يوم بالنسبة للصك المسحوب خارج العراق والمستحق الوفاء فيه.
 - (2) انظر المادة (132) من قانون التجارة للعراقي.
 - (3) المادة (175) من قانون التجارة للعراقي.
 - (4) المادة (84) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.
 - (5) انظر د. صلاح الدين الناهي، الوسيط....، المرجع السابق، ص 477؛ د. مصطفى كمال طه، الاوراق التجارية....، المرجع السابق، ص 211.

الفرع الثاني: احوال الرجوع فيما بين الملتزمين المصرفيين

سنتتبع احوال رجوع الملتزمين المصرفيين بعضهم على بعض مبتدئين برجوع المسحوب عليه (الفقرة الاولى)، بعدها نتناول رجوع الساحب (الفقرة الثانية)، فرجوع المظهرين (الفقرة الثالثة)، وأخيراً رجوع الضامن او القابل بالتدخل او الموفي بالتدخل (الفقرة الرابعة).

الفقرة الاولى: رجوع المسحوب عليه

نتناول أولاً رجوع المسحوب عليه على الساحب (النبة الاولى)، بعدها نتناول رجوعه على بقية الملتزمين المصرفيين من غير الساحب (النبة الثانية).

النبة الاولى: رجوع المسحوب عليه على الساحب

إن تحديد مسألة امكانية او عدم امكانية رجوع المسحوب عليه الموفي على الساحب يتوقف على معرفة ما اذا كان المسحوب عليه قد تلقى مقابل الوفاء من الساحب ام انه لم يتلقى ذلك المقابل:

فاذا كان المسحوب عليه قد تلقى مقابل الوفاء، امتنع عليه الرجوع على الساحب اذا ما قام بوفاء قيمة الورقة التجارية، اذ إن قيامه بذلك الوفاء لا يعدو أن يكون وفاءً لما في ذمته من دين للساحب⁽¹⁾، ويقع على الساحب عبء اثبات تلقي المسحوب عليه للمقابل ما لم يكن المسحوب عليه قد وقع على الورقة التجارية بالقبول (بالنسبة للحالة التجارية) او بالاعتماد (بالنسبة

(1) د. حسين محمد سعيد، المرجع السابق، ص 260.

للصك)، إذ إن القانون في هاتين الحالتين قد لاقم قرينة على تلقي المسحوب عليه لمقابل الوفاء وهو ما نصت عليه المادتين (64، 142) من قانون التجارة العراقي⁽¹⁾.

أما إذا قام المسحوب عليه بالوفاء على المكشوف، أي دون أن يتلقى مقابل الوفاء، فإن له الرجوع بما أوفى على الساحب، ويقع على المسحوب عليه عبء اثبات عدم تلقيه لمقابل الوفاء، صحيح أنه قد يقال إن القانون التجاري يلزم الساحب لا المسحوب عليه بإثبات وجود مقابل الوفاء لدى الأخير⁽²⁾، لكن هذا النص مقصور على علاقة الساحب بالحامل، أما في علاقته بالمسحوب عليه فعلى الأخير أن يثبت توافر شروط حقه الذي يدعيه ومنها عدم تلقيه مقابل الوفاء⁽³⁾.

ويكون الرجوع على الساحب بموجب الدعوى الشخصية وفقاً للقواعد العامة أي كان أساسها سواء أكانت دعوى الوكالة أم دعوى الإثراء بلا سبب- وبالتالي فلا حاجة لأعمال قواعد القانون التجاري الخاصة بالرجوع الصرفي.

كما أن للمسحوب عليه الرجوع على الساحب بموجب الدعوى الصرفية في الحالة التي يكون فيها المسحوب عليه قابلاً بالتدخل أو موفياً بالتدخل، سواء أكان ذلك التدخل لمصلحة الساحب أم لمصلحة أحد الملتزمين الآخرين.

(1) تنص المادة (64) من قانون التجارة العراقي على أنه ((يعتبر قبول الحوالة قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى القابل)) أما المادة (142) فقد نصت على أنه ((ثانياً.... ويفيد الاعتماد وجود مقابل للوفاء لدى المسحوب عليه في تاريخ التأشير عليه)).

(2) انظر المواد (64، 141) من قانون التجارة العراقي.

(3) د. علي جمال الدين عوض، انقضاء الشيك، دروس لقيت لطلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق والشرعة، جامعة الكويت، 1975، ص 81.

وإذا كانت الورقة التجارية مسحوبة لحساب الغير فإن المسحوب عليه الموفي يستطيع الرجوع على الساحب الحقيقي بينما لا يستطيع الرجوع على الساحب الظاهر إلا إذا كان المسحوب عليه قد قبل الحوالة التجارية متدخلاً لمصلحة الساحب الظاهر حيث يكون له في هذه الحالة الرجوع على الساحب الحقيقي والساحب الظاهر على السواء⁽¹⁾.

لما بالنسبة لمسألة إمكانية رجوع المسحوب عليه الموفي على ضامن الساحب فإنه يتحدد بمقتضى طبيعة مركز المسحوب عليه: فإن قام المسحوب عليه بالوفاء بصفته مسحوباً عليه فلا رجوع له على الضامن ذلك لأن الضمان هو نظام خاص بالورقة التجارية، ولما كان وفاء المسحوب عليه ينهي حياة الورقة التجارية، فإن الضمان ينتهي تبعاً لانتهاء الائتزام للصرفي، أما إذا قام المسحوب عليه بالوفاء بصفته قابلاً بالتدخل أو موفياً بالتدخل لمصلحة أحد الملتزمين الصرفيين كان له الرجوع على ضامن الساحب بموجب الدعوى الصرفية ومطالبته بالمبالغ التي أجاز القانون للموفي الرجوع بها على الملتزمين تجاهه.

النبة الثانية: رجوع المسحوب عليه على سائر الملتزمين الصرفيين

يتحدد حق المسحوب عليه في الرجوع على المظهرين أو ضامنيهم بموجب المركز القانوني للمسحوب عليه، كما أن لهذا المركز أهميته في تحديد طبيعة دعوى الرجوع وما إذا كانت دعوى صرفية أم دعوى مدنية⁽²⁾.

ومن المعروف أن المركز القانوني للمسحوب عليه يتحدد بنوع التصرف القانوني الذي يقوم به المسحوب عليه، فإذا قام المسحوب عليه بالوفاء بصفته

(1) انظر د. جعفر كاظم جبر، المرجع السابق، ص 158.

(2) د. حسين محمد سعيد، المرجع السابق، ص 259.

مسحوباً عليه فلا رجوع له على المظهرين أو ضمانهم لأن قيام المسحوب عليه بالوفاء يبرئ نمتهم بصورة نهائية وذلك لانقضاء الالتزام الصرفي نتيجة ذلك الوفاء⁽¹⁾.

أما إذا كان المسحوب عليه قد قبل للورقة التجارية بالتدخل أو قام بالوفاء متدخلًا لمصلحة أحد المظهرين، فإن المسحوب عليه يصبح في مركز القابل أو الموفي بالتدخل، ومن ثم يستطيع الرجوع على المظهر الذي حصل التدخل لمصلحته وعلى ضامنه الاحتياطي كما يستطيع الرجوع على المظهرين السابقين للملتزم الذي حصل التدخل لمصلحته وضمائمهم، فضلاً عن حقه في الرجوع على الساحب.

وللمسحوب عليه في هذه الحالة أن يرجع بموجب الدعوى الصرفية شريطة مراعاة الإجراءات والمواعيد التي فرضها القانون الصرفي، كما أنه يستطيع الرجوع على الملتزم الذي حصل القبول أو الوفاء بالتدخل لمصلحته بموجب الدعوى الشخصية والتي يكون مبناها الوكالة أو الاثراء بلا سبب حسب الأحوال⁽²⁾.

الفقرة الثانية: رجوع صاحب الورقة التجارية أو محررها

إذا قام محرر السند بوفاء قيمته للحامل فلا رجوع له على أحد لأن قيامه بالدفع إنما هو وفاء لما تعهد بدفعه من دين صرفي والذي غالباً ما يكون قد أخذ مقابلته عند تحرير السند للأمر.

(1) انظر المادة (78) من اتفاقية الأونسيترال لعام 1988.

(2) د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص 310؛ د. محمد حسني عباس، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص 214.

أما إذا كان الموفي هو صاحب الحوالة أو الصك فإن مدى امكانيته في الرجوع تنحصر في علاقته بالمسحوب عليه، وما إذا كان قد قُتِمَ للأخير مقابل الوفاء أم لم يكن مقدماً لذلك المقابل:

فإن كان الساحب قد قُتِمَ مقابل الوفاء واضطر رغم ذلك إلى دفع قيمة الورقة التجارية للحامل نتيجة لامتناع المسحوب عليه عن الوفاء، فإن الساحب يستطيع الرجوع على المسحوب عليه بموجب الدعوى الشخصية لاسترداد مقابل الوفاء، كما يستطيع الرجوع على المسحوب عليه بموجب الدعوى الصرفية إذا كان الأخير قد قبل الحوالة التجارية، إذ أن قبول المسحوب عليه للحوالة يجعله ملتزماً صرفياً بوفائها، ومن ثم يستطيع الحامل أو الموفي، وإن كان الساحب، أن يرجع عليه بموجب الدعوى الصرفية المباشرة⁽¹⁾، فضلاً عن ذلك فإن للساحب الحق في مطالبة المسحوب عليه بتعويضه عما أصابه من أضرار، نتيجة لخلل الأخير بتمعهده بالوفاء، وفقاً لأحكام المسؤولية المدنية إن كان لها مقتضى⁽²⁾.

ويقع على عاتق الساحب عبء إثبات تقديم مقابل الوفاء للمسحوب عليه مالم يوقع الأخير على الورقة التجارية بالقبول أو بالاعتماد إذ إن ذلك يُعد قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه⁽³⁾، وتختلف هذه القرينة باختلاف الأشخاص، ففي علاقة المسحوب عليه بالحامل تعتبر القرينة قطعية، في حين تُعد بسيطة في علاقة المسحوب عليه بالساحب، ومن ثم فإن للمسحوب عليه أن يثبت عدم وجود مقابل الوفاء لديه رغم توقيعه على الحوالة التجارية أو الصك بالقبول أو بالاعتماد.

(1) انظر المواد (28) من قانون جنيف الموحد، (78) من قانون التجارة العراقي.

(2) د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماخ، المرجع السابق ص 184؛ د. حسين محمد سعيد، المرجع السابق، ص 258.

(3) انظر المواد (64، 142) من قانون التجارة العراقي.

وهنا قد يثار التساؤل حول القرينة التي يمكن أن يستفيد منها الساحب في فرضية صيرورته حاملاً للورقة التجارية، خاصة وأن القوانين التجارية، وبضمنها قانون التجارة العراقي، لم تعطِ حلاً واضحاً، فهي من جانب قد ساوت بين مركز الساحب والحامل من حيث جواز مطالبة المسحوب عليه القابل بدعوى مباشرة ناشئة من الحوالة، ومن جانب آخر قد فرقت بين مركزي الحامل والساحب من حيث قرينة مقابل الوفاء، كما ذكرنا، مما أخضع تلك المسألة لاجتهاد الفقهاء الذين يرون ضرورة إخضاع العلاقة القانونية بين المسحوب عليه و (الساحب/الحامل) لأحكام القرينة البسيطة⁽¹⁾.

وقد علل جانب من الفقه ذلك بالقول «إن ازدواجية في المركز الفعلي (للساحب/الحامل) لا تعني ازدواجية للصفة القانونية لشخص المدعي، حيث أن قاعدة وحدة الذمة المالية للشخص تحول دون إمكانية تصور استمرارية بقاء صفتا الدائن والمدين في شخص (الساحب/الحامل) بصورة مستقلة حتى يصبح اختفاء أو تعطيل للصفة المدينة للساحب وتبقى له الصفة الدائنة تجاه القابل بصورة مستقلة بحيث لا يمكن للقابل التمسك في مواجهة بالدفع الشخصية، فالصفة المدينة للساحب هي الطاغية طالما تعلقت المطالبة بمبالغ لم يوفرها الساحب لدى المسحوب عليه استقلالاً عما إذا كان هذا الأخير قابلاً أم لا»⁽²⁾.

أما إذا لم يكن الساحب قد لوجد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه وقام

-
- (1) د. فائق الشماع، أحكام الائتم...، المرجع السابق، ص6؛ د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص271؛ د. صلاح الدين الناهي، الوسيط...، المرجع السابق، ص323؛ د. جعفر كاظم جبر، المرجع السابق، ص109؛ انظر كذلك: R.Roblot, Op. cit, p.193.
- (2) د. فائق الشماع، أحكام الائتم...، المرجع السابق، ص6.

بالوفاء فلا يستطيع الرجوع على أحد حيث أنه يدفعه قيمة الورقة التجارية يكون قد أوفى بالدين المستحق في نمته⁽¹⁾.

وفي حالة سحب الورقة التجارية لحساب الغير يستطيع الساحب الظاهر، إذا ما وفى بقيمة الورقة التجارية، أن يرجع على الساحب الحقيقي بموجب دعوى الوكالة بالعمولة⁽²⁾، لاسترداد ما دفعه من مبلغ الورقة التجارية وما تحمله من مصاريف مع فوائد ما من وقت الانفاق⁽³⁾.

الفقرة الثالثة: رجوع المظهر

إذا قام أحد مظهري الورقة التجارية بوفاء قيمتها للحامل كان له الرجوع على المظهرين السابقين عليه وعلى الساحب والمسحوب عليه للقابل وعلى ضامنهم، كما يستطيع أن يرجع على القابل بالتدخل لمصلحة أحد هؤلاء الملزمين⁽⁴⁾، أما بالنسبة للمظهرين اللاحقين للمظهر الموفي فإن ذمتهم تبرا من الالتزام الصرفي⁽⁵⁾، ويمكن تعليل ذلك بالقول إن المشرع التجاري قد جعل كل ملتزم صرفي مضموناً من قبل الملزمين السابقين له وضامن للملزمين اللاحقين عليه وبالتالي فلا رجوع له عليهم.

(1) د. حسين النوري، المرجع السابق، ص 259.

(2) لتفصيل احكام الوكالة بالعمولة يمكن الرجوع الى د. عبد الفضيل محمد احمد، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً لأحكام القانون رقم 17 لسنة 1999، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1999، ص 114-116.

(3) انظر المادة (941) من القانون المدني العراقي.

(4) د. سميرة القليوبي، المرجع السابق، ص 225؛ د. علي البارودي، المرجع السابق، ص 201؛ د. رضا عبيد، المرجع السابق، ص 204؛ وهو ما كانت تنص عليه صراحة المادة (164) من القانون المصري السابق بالقول ((يجوز أيضاً لكل واحد من المحيلين مطالبة الساحب والمحيلين السابقين عليه...)).

(5) انظر المادة (77) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

ويكون رجوع المظهر بموجب الدعوى الصرفية ويتحتم على المظهر، لكي يتمكن من الرجوع على ضامنيه، ألا يكون قد أوفى لحامل مهمل دون أن يحتج عليه بالسقوط للإهمال وإلا فإن حقه في الرجوع على ضامنيه يتعرض للسقوط أيضاً ويقع على المظهر عبء اثبات وفائه لحامل يقظ مراعى لمواعيد المطالبة والرجوع عند حصوله على الاداء منه (1).

مع ضرورة التنكير بأن هناك طائفة من الملتزمين المصرفيين لا يمكنهم التمسك بسقوط حق الموفي لحامل مهمل ويتمثل تلك الطائفة بمحرر السند للأمر والساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء وكذلك المسحوب عليه القابل.

الفقرة الرابعة: رجوع الكفلاء المصرفيين

إذا قام احد الكفلاء المصرفيين - كالضامن او القابل بالتدخل او الموفي بالتدخل - بالوفاء بقيمة الورقة التجارية كان له حق في الرجوع على الملتزم الذي كفله وعلى الملتزمين السابقين عليه (2)، بمعنى إن نطاق حق الكفيل المصرفي بالرجوع يتحدد لتساعاً وضيقاً، تبعاً لمركز الملتزم الذي حصل الضمان او الوفاء بالتدخل لمصلحته. فإذا كان الضمان او التدخل حاصلًا لمصلحة الساحب اقتصر حق الكفيل المصرفي في الرجوع على الساحب وعلى المسحوب عليه المتلقي لمقابل الوفاء، وإذا كان الضمان حاصلًا لمصلحة المسحوب عليه للقابل جاز للضامن عند اضطراره بالوفاء للحامل أن يرجع على للمسحوب عليه القابل وعلى الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء للمسحوب عليه، أما اذا كان الضمان او الوفاء بالتدخل حاصلًا لمصلحة احد

(1) د. حافظ محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 309؛ د. حسين محمد سعيد، المرجع السابق، ص 255.

(2) د. محمد اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 125؛ د. هشام فرعون، المرجع السابق، ص 110؛ د. سميرة القايوبي، المرجع السابق، ص 226.

المظهرين جاز للضامن أو الموفي بالتدخل الرجوع على المظهر المضمون وعلى المظهرين السابقين للمظهر الذي حصل التدخل لمصلحته فضلاً عن حقه في الرجوع على الساحب والمسحوب عليه للقابل وضامنيهم.

وقد نص على هذا المعنى صراحة قانون التجارة العراقي في المادتين (82، 125)⁽¹⁾ فقد جاء في المادة (180) «ثانياً - إذا لوفى الضامن الحوالة آلت إليه الحقوق الناشئة عنها قبل المضمون وقبل كل ملتزم بمقتضى الحوالة تجاه هذا المضمون»، أما المادة (125) منه فقد نصت على أنه «يكتسب من لوفى الحوالة بطريق التدخل جميع الحقوق الناشئة عنها تجاه من حصل الوفاء لمصلحته والملتزمين تجاه هذا الشخص بمقتضى الحوالة».

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية في إحدى قراراتها بأنه «لا يقتصر حق الكفيل بالاقال (الضامن) بالرجوع على مكفوله، إذا أدى مبلغ الورقة التجارية، بل أن هذا الحق يمتد ليشمل كافة الموقعين عليها من صاحب ومظهرين»⁽²⁾ وجاء في قرار آخر لها بأنه «للكفيل حق الرجوع على الساحب إذا دفع مبلغ الكمبيالة للدائن»⁽³⁾.

ويكون رجوع الكفيل المصرفي بموجب الدعوى المصرفية فضلاً عن حقه في الرجوع بموجب الدعوى للشخصية على الملتزم الذي حصل الضمان أو

(1) تقابلها المواد (163، 207) تجارة أردني، المادة (48) من اتفاقية الاونسيترال لعام 1988.

(2) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 204 /معدنية ثلاثة/ 1972 بتاريخ 1972/5/9، النشرة القضائية، العدد الثاني، 1974، ص121؛ انظر في هذا المعنى ايضاً قرار رقم 436 /معدنية ثانية/ 1972 بتاريخ 1972/10/11، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الثالثة، 1974، ص131.

(3) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 1492/معدنية ثلاثة/ 1973 بتاريخ 1974/3/13، النشرة القضائية، العدد الاول، السنة الخامسة، 1976، ص230.

لوفاء بالتدخل لمصلحته وتقوم هذه الدعوى على اساس الكفالة (بالنسبة للضمان) او الوكالة (بالنسبة للقبول بالتدخل والوفاء بالتدخل) ⁽¹⁾.

(1) د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص310؛ د. رفعت ابادير، المرجع السابق، ص175.

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحث موضوع التضامن المصرفي في الأوراق التجارية،
نورد أهم ما توصل إليه الباحث من نتائج ومقترحات وعلى النحو الآتي:

- إن التضامن المصرفي يُعد من أهم الضمانات التي منحها المشرع التجاري لحامل الورقة التجارية وللموفا على السواء، والذي من خلاله يستطيع الرجوع على الملترمين المصرفيين، منفردين أو مجتمعين، سواء أ كان ذلك في ميعاد استحقاق الورقة التجارية أم قبل ذلك الميعاد لتحقيق أحد أسباب الرجوع المبسر.
- إن التضامن المصرفي هو نظام خاص بالأوراق التجارية لذلك كان لازماً لتحقيقه ضرورة توافر ورقة تجارية مستوفية للبيانات الإلزامية التي نص عليها المشرع التجاري، لما لا فقد السند صفته كورقة تجارية فلا يكون هناك مجال لتطبيق نظام التضامن المصرفي لذا فإن الورقة التجارية تعد بحق الأساس الذي يبنى عليه نظام التضامن المصرفي.
- إن افتراض التضامن في المعاملات التجارية في ظل قانون التجارة العراقي الحالي يعد امراً متعذراً، ذلك لأن هذا القانون لم يورد نصاً على افتراض ذلك التضامن من جهة ومن جهة أخرى فإنه قد اغفل النص على العرف التجاري ضمن مصادر القانون التجاري، الأمر الذي يستبعد إمكانية اللجوء إلى العرف التجاري لافتراض التضامن بين الملترمين بدين تجاري؛ وهو ما يعد نقصاً تشريعياً وقد اقترحنا على المشرع التجاري تلافيه من خلال النص على افتراض التضامن بين الملترمين بدين تجاري.

- إن التضامن المصرفي هو تضامن كامل شأنه شأن بقية أنواع التضامن الأخرى، حيث لا يوجد إلا نوع واحد من التضامن وهو التضامن الكامل؛ وإذا ما وجد اختلاف بين صور التضامن فلنما يعبر ذلك عن الخصائص الذاتية لكل صورة من تلك الصور دون أن يترتب على ذلك الاختلاف نقصان تلك الصورة من التضامن قياساً بصور التضامن الأخرى.

- إن المشرع التجاري العراقي قد أحسن صنماً عندما نص على اعتبار الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية أعمالاً تجارية على خلاف العديد من القوانين التجارية الأخرى، كالقانون التجاري الفرنسي والقانون التجاري اللبناني وقانون التجارة الأردني وقانون التجارة المصري النافذ، التي لم تنص أصلاً على تجارية الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية أو نصت على تجارية الأعمال المتعلقة ببعض أنواع الأوراق التجارية دون البعض الآخر؛ الأمر الذي أثار الخلاف بين الفقه والقضاء هناك حول تجارية أو عدم تجارية الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية؛ وتالياً لذلك الخلاف فقد اقترحنا على المشرع التجاري في تلك الدول (فرنسا، لبنان، الأردن، مصر) بأن تحذو حذو المشرع التجاري العراقي بالنص على تجارية الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية بصورة مطلقة بغض النظر عن صفة القائم بها ونيتة.

- إن أهلية الالتزام المصرفي تختلف بحسب ما إذا كان الشخص معنوياً أو طبيعياً كما أنها تختلف باختلاف القوانين في الدول المختلفة الأمر الذي قد يؤثر تنازعاً بين القوانين حول تحديد القانون الذي يحكم أهلية الموقع على الورقة التجارية، وقد لاحظنا أن أغلب القوانين قد وضعت حلاً لهذا التنازع عن طريق الأخذ بقانون الجنسية أو بقانون الموطن أو بهما معاً لتحديد القانون الذي يحكم أهلية ذلك الموقع.

- يعد التوقيع الأسلوب التحريري الوحيد للتعبير عن اتجاه الإرادة نحو

الالتزام بموجب الورقة التجارية. ولا يكون للشخص ملتزماً صرفاً الا اذا وقع بنفسه على الورقة التجارية باسمه ولحسابه او فوض غيره للالتزام بموجب تلك الورقة. اما اذا حصل التوقيع نيابة عنه دون تفويض منه، فان الالتزام المصرفي يقع على عاتق الموقع (النائب للكاظم) وليس على عاتق الأصيل المزعوم، واذا زُور توقيع شخص معين فلا يمكن الزام الشخص بذلك التوقيع شريطة ان يثبت حصول ذلك التزوير اما بالنسبة للموقع فانه يعتبر مرتكباً لجريمة التزوير المعاقب عليها في قانون العقوبات.

- يختلف المركز القانوني للمتضامنين المصرفيين باختلاف صفة اولئك المتضامنين : ففيما يخص صاحب الورقة التجارية او محررها فانه يعد في مركز المدين الأصلي المتضامن، اما بالنسبة للمظهر فانه يعد في مركز قانوني خاص نظراً لما يحتله المظهر من مركز وسط يجمع بين ملامح المدين المتضامن والكفيل المتضامن؛ اما بالنسبة للمسحوب عليه القابل فانه يعد في مركز المدين الأصلي المتضامن؛ بينما يعد القابل بالتدخل والضامن كفلاء مصرفيين كون مركزهما القانوني يجمع بين ملامح الكفيل المتضامن من جهة وبين خصائص القانون المصرفي من جهة اخرى.
- ان أحكام التضامن المصرفي ليست من النظام العام، ومن ثم يجوز لجميع الأشخاص بما فيهم الساحب التخلص من التضامن بشرط صريح يطلق عليه شرط عدم التضامن، ويترب على هذا الشرط رفع المسؤولية التضامنية بين الملتزم واضع الشرط وبين غيره من الملتزمين الآخرين، وذلك لا يعني التخلص من الالتزام المصرفي وإنما يقصد به التخلص من التضامن المصرفي فقط. ويختلف اثر شرط عدم التضامن بحسب ما اذا كان وارداً في ورقة مستقلة ام في الورقة التجارية ذاتها، كما يختلف أثره باختلاف الملتزم واضع ذلك الشرط.

- إن العلاقة بين الحامل والملترمين الصرفيين محكومة بمبدأ وحده محل الالتزام الذي يستطيع الحامل بمقتضاه الرجوع عليهم ومطالبتهم بمطالبة فردية أو جماعية دون أن يكون ملزماً بمراعاة ترتيب التزام الموقعين على الورقة التجارية، ويكون الحامل حراً في اختيار شكل المطالبة عند الرجوع على الملترمين الصرفيين، فيستطيع أن يطالبهم بمطالبة ودية كما يمكنه أن يكتفي بسحب حوالة الرجوع، أو اللجوء إلى وسائل التنفيذ المباشر أو استصدار الأمر بالأداء، في الدول التي تجيز قوانينها مثل تلك الوسائل، كما يستطيع أن يلجأ إلى المطالبة القضائية.
- إن الحامل لا يستطيع الرجوع على المتضامنين الصرفيين إلا بعد تقديم الورقة التجارية للمسحوب عليه أو المحرر ورفض الأخير للقبول أو للوفاء، وإثبات ذلك الرفض باحتجاج عدم القبول أو عدم الوفاء حسب الأحوال، أو حصول حالة من حالات الرجوع المبسر على المتضامنين، وقد لاحظنا في هذا المجال أن تمييز المشرع التجاري بين أسباب الرجوع المبسر الخاصة بالمسحوب وتلك الخاصة بالساحب، يعد تمييزاً لا مبرر له وقد اقترحنا على المشرع التجاري المساواة بين تلك الحالات وذلك بإعطاء الحامل الحق في الرجوع المبسر في حالات توقف ساحب الحوالة المشروط عدم تقديمها للقبول عن الدفع أو الحجز غير المجدي على أمواله.
- إن الحامل ملزم بعمل احتجاج عدم الوفاء أو عدم القبول، في غير الحالات التي يعفى فيها من عمل ذلك الاحتجاج، وقد رتب المشرع التجاري على عدم قيام الحامل بعمل الاحتجاج أو التأخير بعمله سقوط حق الحامل في الرجوع الصرفي على جميع الملترمين الصرفيين باستثناء المسحوب عليه ومحرر السند للأمر والساحب، الذي لم يقدم مقابل الوفاء، وضامنيهم.

- إن القوانين التجارية قد اختلفت فيما بينها بشأن جواز اشتراط الفوائد في الورقة التجارية، ويتراوح موقف تلك القوانين بين المنع المطلق من اشتراط الفوائد والجواز المطلق وما بين ذلك من لاجازة اشتراط الفوائد في بعض انواع الاوراق التجارية دون البعض الآخر؛ كما ان تلك القوانين قد اختلفت في تحديد تاريخ بدء سريان الفوائد القانونية وفي تحديد سعر تلك الفائدة.

- ترتكز علاقة الملتزمين المصرفيين فيما بينهم على اساس مبدأ عدم انقسام الدين والذي بموجبه يستطيع الموفي الرجوع على الملتزمين تجاهه بكل المبلغ الذي أوفاه فضلاً عن حقه في المطالبة بالفوائد القانونية المترتبة على المبلغ الذي أوفاه وبالمصاريف التي تحملها مما يعني ذلك ان المشرع التجاري قد أوجد تضامناً داخلياً بين الملتزمين المصرفيين فضلاً عن التضامن الخارجي الذي يربطهم بالحامل، الا ان مبدأ عدم انقسام الدين لا يطبق على الملتزمين من درجة واحدة اذ تسري عليهم أحكام القواعد العامة في التضامن المدني وما تقتضي به من ضرورة تقسيم الدين عند رجوع للمدين الموفي على غيره من المتضامنين.

- إن حكم المادة (106) من قانون التجارة العراقي والخاص بحق الموفي بالرجوع على غيره من الملتزمين يعد حكماً عاماً يترتب على الأخذ به نتائج غير مقبولة وقد اقترحنا على المشرع التجاري اضافة عبارة (تجاه المسؤولين نحوه) الى نص هذه المادة لتصبح بعد تعديلها: «...» ويثبت هذا الحق لكل موقع على الحوالة اذا لاقى قيمتها، تجاه المسؤولين نحوه».

- يستطيع الملتزم الموفي الرجوع على الملتزمين تجاهه بموجب الدعوى الشخصية والتي تقوم في الغالب على اساس الكفالة او الائراء بلا سبب كما يستطيع الرجوع بموجب الدعوى الصرفية والتي تقوم على أساس

اعتبار الموفي حاملاً جديداً للورقة التجارية لا على أساس حلول الموفي محل الحامل في حقوقه.

- إن إمكانية الملتزم الموفي بالرجوع على غيره من الملتزمين المصرفيين تختلف باختلاف مركز كل من الموفي والملتزمين ممن يريد الموفي الرجوع عليهم :

ففيما يخص المسحوب عليه لا يستطيع الرجوع على الملتزمين المصرفيين الا اذا قام بقبول الحوالة التجارية او وفائها بالتدخل عن احد اولئك الملتزمين كما انه لا يستطيع للرجوع على الساحب الا اذا لم يتسلم مقابل الوفاء من الساحب، ويكون رجوعه بموجب الدعوى الشخصية باستثناء حالة ما اذا كان قابلاً او موفياً بالتدخل اذ انه يستطيع الرجوع بموجب الدعوى المصرفية.

اما بالنسبة للساحب الموفي فلا يستطيع الرجوع الا على المسحوب عليه اذا كان قد اوجد لدى الأخير مقابل الوفاء ويكون رجوعه بموجب الدعوى الشخصية لاسترداد ذلك المقابل ما لم يكن المسحوب عليه قد قبل الحوالة التجارية اذ يكون للساحب الرجوع عليه بموجب الدعوى المصرفية.

اما فيما يخص المظهر الموفي فانه يستطيع الرجوع على جميع المظهرين السابقين عليه وعلى الساحب والمسحوب عليه القابل وضمائمهم وذلك بموجب الدعوى المصرفية. وأخيراً يستطيع الضامن او الموفي بالتدخل ان يرجعاً على الملتزم الذي حصل الضمان او التدخل لمصلحته وعلى جميع الملتزمين تجاههم بموجب الدعوى المصرفية فضلاً عن حقهما بالرجوع بموجب الدعوى الشخصية على من حصل الضمان او التدخل لمصلحته.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع

بعد القرن الكريم

• باللغة العربية

أولاً: الكتب

1. د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم، الضمان الاحتياطي في الاوراق التجارية، دراسة قانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
2. د. ابراهيم السوقي، الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
3. د. ابو زيد رضوان، الاوراق التجارية، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع.
4. د. احمد البسام، قاعدة تطهير الفروع في ميدان الاوراق التجارية، مطبعة العلي، بغداد، 1969.
5. د. احمد شوقي عبد الرحمن، الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيريا في مواجهة المضرور، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1980.
6. د. لوar عيد، الحماية القانونية للشيك في التشريعات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 1975.
7. د. لوar عيد، الاسناد التجارية، بيروت، 1966.
8. د. السيد محمد اليماني، القانون التجاري، ج2 (العقود التجارية، الاوراق التجارية، عمليات البنوك، الافلاس)، القاهرة، 1986.
9. د. لكرم الخولي، دروس في الاوراق التجارية، بيروت، بدون سنة طبع.

10. د. كرم ياملي، الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
11. د. كرم ياملي، القانون التجاري، الأوراق التجارية (دراسة مقارنة)، ط1، بغداد، 1976.
12. د. امين محمد بدر، الأوراق التجارية في التشريع المصري (تأصيل وتحليل لقواعد الكمبيالة والسند الائتي والشيك، ط2، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1954.
13. د. امين محمد بدر، الالتزام المصرفي في قوانين البلاد العربية، معهد للدراسات العربية، 1955.
14. د. نور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج2، احكام الالتزام، دار المعارف، مصر، 1962.
15. المستشار نور طلبة، القانون المدني معلقاً على نصوصه بآراء الفقه واحكام النقص، ج1، ط1، 1975.
16. د. بدر جاسم اليقوب، اصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط1، الكويت، 1981.
17. د. ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
18. جبران مسعود، الرائد، المجلد الثاني، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1981.
19. د. حافظ محمد ابراهيم، القانون التجاري العراقي، الأوراق التجارية، ط1، مطبعة المعارف، بغداد، 1955.
20. د. حسن جاد، شرح لقانون التجاري العراقي، ج2، مطبعة الاهالي، بغداد، 1940.

21. د. حسن علي النون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1 (الضرر)، شركة للتأليف للطبع والنشر، بغداد، بدون سنة طبع.
22. د. حسن علي النون، شرح القانون المدني العراقي، لحكام الالتزام، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، 1954.
23. د. حسين النوري، دروس في الاوراق التجارية والنشاط المصرفي، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، بدون سنة طبع.
24. د. حسين محمد سعيد، التزامات وحقوق حامل الورقة التجارية (الشيك، الكمبيالة، السند الائني)، للنشر عالم الكتب، القاهرة، بدون سنة طبع.
25. د. خالد الشاوي، الاوراق التجارية في التشريعين الليبي والعراقي، مطابع دار الكتب، بيروت، 1971.
26. د. رزق الله فطاحي، المفصلة لو سند المحب، مطبعة جامعة دمشق، 1965.
27. د. رزق الله فطاحي ود. نهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية للبرية، ج2، مطبعة جامعة دمشق، 1962.
28. د. رضا عبيد، القانون التجاري (الاوراق التجارية والعقود التجارية وعمليات البنوك والاقتباس)، مطبعة السعادة، القاهرة، 1988.
29. د. رفعت ابانير، دروس في الاوراق التجارية، الكويت، 1987.
30. د. زكي زكي الشعراني، لوجيز في القانون التجاري، ج1، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
31. د. سعيد يحيى، الاوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، الرياض، 1985.
32. د. سليمان مرقس، عقد الكفالة، ط1، دار للنشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1958.

33. د. سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
34. د. سمير عالية، الوجيز في القانون التجاري، ط1، بيروت، 1987.
35. د. شكري احمد السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، ج2، مكتبة المعارف، الرباط، 1985.
36. د. صلاح الدين الناهي، المبسوط في الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، بغداد، 1965.
37. د. صلاح الدين الناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري، احكام الأوراق التجارية، ط4 شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1962.
38. د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، موجز القانون المصرفي، ط1، جامعة القاهرة، 1992.
39. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: - الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط2، دار النهضة العربية، 1964.
- الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام (الافصاف - الحولة - الانقضاء)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1958.
- الجزء العاشر، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، 1970.
40. المحامي عبد الرزاق القيسي، الصيغ القانونية لرفع الدعوى التجارية، مطبعة الرشاد، بغداد، 1970.
41. د. عبد الرزاق عبد الوهاب، للتظهير ولثاره في قانون التجارة الجديد، دراسة مقارنة، مطبعة الشعب، بغداد، 1989.

42. د. عبد الفضيل محمد احمد، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً لأحكام القانون رقم 17 لسنة 1999، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1999.
43. د. عبد القادر الفار، احكام الالتزام (ثار الحق في لقانون المدني)، ط5، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
44. د. عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج1، عمان، 1999.
45. د. عبد الله محمد العمران، الاوراق التجارية في النظام السعودي، الرياض، 1989.
46. د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في لقانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، بغداد، 1980.
47. د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، لقانون المدني، ج2، احكام الالتزام، بغداد، 1986.
48. د. عز الدين الناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، 1988.
49. د. عزيز العكيلي، احكام الاقلاص والصلح الوافي، عمان، 1997.
50. د. عزيز العكيلي، الاوراق التجارية وعمليات البنوك، ط1، الاصدار الاول، لادار الطمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
51. د. عزيز العكيلي، لقانون التجاري (الاعمال التجارية والتجار والمتجر والشركات التجارية والاوراق التجارية)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.

52. د. عزيز العكيلي، الموجز في شرح قانون التجارة الكويتي، ط1، مكتبة المنهل، الكويت، 1978.
53. د. عزيز العكيلي، انقضاء الالتزام الثابت في الشيك، دراسة في التشريعات المقارنة ولتفاقيات جنيف الموحدة، لدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
54. د. علي البارودي، القانون التجاري (الاوراق التجارية والافلاس)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1985.
55. د. علي البارودي، القانون التجاري اللبناني، ج1، لبنان، 1972.
56. د. علي البارودي، لوجيز في القانون التجاري، القاهرة، 1966.
57. د. علي جمال الدين عوض، الاوراق التجارية وعمليات البنوك، القاهرة، 1973.
58. د. علي جمال الدين عوض، انقضاء الشيك، دروس اقيت لطلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق ولشريعة، جامعة الكويت، 1975.
59. د. علي حسن يونس، الاوراق لتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1956.
60. د. علي سلمان العبيدي، الاوراق التجارية في التشريع المغربي (لكمبيالة - السند للأمر - الشيك)، ط1، الرباط، 1970.
61. د. علي سلمان العبيدي، الاوراق لتجارية في القانون العراقي، بغداد، 1973.
62. د. فريد شرقي، لصول القانون لتجاري المصري، القاهرة، بدون سنة طبع.
63. د. فوزي محمد سامي، شرح القانون لتجاري، ج2، الاوراق التجارية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

64. د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماخ، القانون التجاري، الاوراق التجارية، مطبعة جامعة بغداد، بدون سنة طبع.
65. د. كمال محمد ابو سريع، الاوراق التجارية في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
66. لويس مطوف، منجد الطلاب، ط4، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1956.
67. د. مجيد حميد الطيبي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، كلية الحقوق، جامعة الزهرين، بغداد، 2001.
68. د. محسن شفيق، لقانون التجاري الكويتي (العقود التجارية، الاوراق التجارية، الاقلاص)، الكويت، 1972.
69. د. محمد اسماعيل علم الدين، موجز القانون التجاري، ج2، جامعة حوّل، سوريا، 1975.
70. محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب (المجلد: 9، 12، 13)، دار صادر للطباعة، بيروت، 1956.
71. د. محمد حسني عباس، الاوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967.
72. د. محمد حسني عباس، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي، مكتبة الانكولو امريكية، القاهرة، بدون سنة طبع.
73. د. محمد حسين اسماعيل، القانون التجاري الاردني (الاعمال التجارية، لتاجر، المحل التجاري، العقود التجارية)، ط1، دار عمار للطباعة، عمان، 1985.
74. د. محمد رولس قلعة جي ود. صادق قيني، معجم لغة الفقهاء، ط1، دار النفائس، 1985.

75. د. محمد علي راتب، السندات الائتية، ط1، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1948.
76. د. محمد علي عرفة، للتقنين المدني الجديد (شرح مقارنة على النصوص)، ط2، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1955.
77. د. محمد فريد العربي، القانون التجاري (الأوراق التجارية والافلاس)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985.
78. د. محمد محمود ابراهيم، موجز الأوراق التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1982.
79. د. محمود الكيلاني، القانون التجاري الأردني (الأوراق التجارية)، دراسة مقارنة، عمان، 1990.
80. د. محمود جمال الدين زكي، اتفاقات المسؤولية، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1961.
81. د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
82. د. محي الدين اسماعيل علم الدين، شرح قانون التجارة الجديد (تعليق على القانون مادة مادة مع اعماله التحضيرية)، مصر، 1999.
83. مصطفى رضوان، مدونة الفقه والقضاء في القانون التجاري، ج2، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة طبع.
84. د. مصطفى كمال طه، اصول القانون التجاري، ج1، لدار الجامعية، لبنان، بدون سنة طبع.
85. د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والافلاس في القانون اللبناني، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1975.

86. د. مصطفى كمال طه، لوجيز في لقانون لتجاري (الاورق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الافلاس)، الاسكندرية، 1973.
87. د. مصطفى كمال طه ود. مراد منير فهم، لقانون لتجاري (الاورق التجارية والافلاس)، الدار الجامعية، بيروت، 1984.
88. د. منذر الفضل، النظرية العلة للالتزامات في لقانون المدني، دراسة مقارنة بين لفقه الاسلامي والقوانين للمدنية للوضعية، ج2 (احكام الالتزام)، مكتبة دار للثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
89. د. هشام فرعون، لقانون لتجاري لبري، ج2، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق، 1985.
90. د. ياسين محمد الجبوري، لوجيز في شرح لقانون المدني الاردني، ج2 (في ثار الحقوق لشخصية)، احكام الالتزامات، ط1، مركز حماد للطباعة، لريد، الاردن، 1997.
91. المحامي يوسف سليم كحلا، لشيك (تاريخه ونظامه وتطبيق احكامه في لقوانين لتجارية والجزائية في البلاد العربية والاجنبية ولتفاقيات جنيف الموحدة)، مطابع قى العرب، دمشق، 1967.

ثانياً: الرسائل الجامعية

1. د. جعفر كاظم جبر، الرجوع لصرفي في الورقة لتجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1997.
2. د. سالم عبد الرضا طويرش، الالتزام للتضامني (التضامن بين المدنيين)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1998.

ثانياً: المقالات

1. د. أبو اليزيد علي العنّين، الكفالة التضامنية، مجلة المحاماة، العدد التاسع، السنة التاسعة والثلاثون، 1959.
2. المختار بكور، تبعية التزام الضامن الاحتياطي وقاعدة عدم التمسك بالدفع، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد الثامن عشر، 1985.
3. شعيب أحمد سليمان، التقادم المبسوط في القانون المدني العراقي، مجلة الحقوق، الإصدار (1 - 4)، السنة الخامسة عشرة، 1983.
4. د. علي سلمان العبيدي، عدم التمسك بالدفع في قانون الصرف المغربي، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد الثاني، 1977.
5. د. فائق محمود الشماخ، احكام التزام المسحوب عليه القابل، مجلة العلوم القانونية، المجلد السابع عشر، العدد (1، 2)، جامعة بغداد، 2002.
6. د. فائق محمود الشماخ، لشكلية في الأوراق التجارية، مجلة القانون المقارن، العدد (20)، السنة الثالثة عشرة، 1987.
7. د. فائق محمود الشماخ، سقوط حق حامل الورقة التجارية المهمل، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد (1، 2)، 1987.
8. د. فوزي محمد سامي، مقابل الوفاء في السفتجة، مجلة القانون المقارن، العدد (4، 5)، السنة الخامسة، 1972.
9. د. مجيد حميد العنبيكي، لثناء الحولة التجارية (السفتجة) في القانون الانكليزي، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد (1، 2)، بغداد، 1987.
10. د. مجيد حميد العنبيكي، مفهوم المقابل في الحولة التجارية (السفتجة) في القانون الانكليزي، مجلة العلوم القانونية، المجلد العاشر، العدد الثاني، 1994.

11. د. محمد صالح بك، النظرية الحديثة في مشروع قانون الأوراق التجارية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد (3، 4)، السنة الأولى، 1941.

رابعاً: الدوريات

1. القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين العراقية:
 - العدد الخامس، السنة السابعة عشرة، 1959.
 - العدد الرابع، السنة الحادية والعشرون، 1966.
2. المجلة القضائية، يصدرها المعهد القضائي الاردني، عمان، الاردن:
 - العدد السادس، السنة الثانية، حزيران، 1998.
 - العدد الاول، السنة الرابعة، كانون الثاني، 2000.
 - العدد الثاني، السنة الرابعة، شباط، 2000.
 - العدد السادس، السنة الرابعة، حزيران، 2000.
3. المحاماة، مجلة قضائية شهرية تصدرها نقابة المحامين المصرية:
 - العدد الثاني، السنة التاسعة والعشرون، 1949.
 - العدد التاسع، السنة الثانية والاربعون، 1961.
4. الموسوعة العدلية، العدد الرابع والتسعون، مكتبة شركة التأمين الوطنية، بغداد، 2002.
5. النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني لمحكمة التمييز العراقية:
 - العدد الاول، السنة الثالثة، 1973.
 - العدد الثاني، السنة الثالثة، 1974.
 - العدد الثالث، السنة الثالثة، 1974.
 - العدد الرابع، السنة الثالثة، 1974.
 - العدد الاول، السنة الخامسة، 1976.

- العدد الثالث، السنة الخامسة، 1976.
- العدد الرابع، السنة الخامسة، 1976.
- 6. قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، القرارات الصادرة سنة 1969، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، 1972.
- 7. مجموعة الاحكام العدلية، يصدرها قسم الاعلام للقانوني في وزارة العدل:- العدد الثاني، السنة السادسة، 1975.
- العدد الرابع، السنة السادسة، 1975.
- العدد الثاني، السنة الثامنة، 1977.
- العدد الاول، السنة التاسعة، 1978.
- العدد المزدوج الاول والثاني، السنة السابعة عشرة، 1986.

خامساً: المجاميع القضائية

1. القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز، القسم التجاري، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1994.
2. د. احمد حسني، قضاء للنقض التجاري من عام 1931-1981، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة طبع.
3. د. فتحية محمود قرة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض (الدائرة المدنية) في خمس سنوات من 1979-1984، الجزيئين الاول والثاني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، بدون سنة طبع.

سادساً: الاتفاقيات الدولية

1. الملحق الاول لاتفاقية جنيف الموحدة لعام 1930 المتضمن القانون الموحد المتعلق بالحوالة التجارية والسند للأمر.

2. الملحق الثاني لاتفاقية جنيف الموحدة لعام 1930 المتضمن التحفظات.
3. الملحق الاول لاتفاقية جنيف الموحدة لعام 1931 المتضمن القانون الموحد المتعلق بالصك.
4. اتفاقية الامم المتحدة للمفاتيح (الكمبيالات) الدولية والسندات الائتمانية الدولية (الاونسيترال) لعام 1988، مطبوعات الامم المتحدة 1994.

• باللغات الاجنبية

اولاً: باللغة الانجليزية

1. Bill of Exchange Act 1882.
2. Maurice Mrgrah and Frank R. Ryder, Byles on bill of exchange, 25th edition, London, 1983.
3. Robert Lowe, Commercial Law, Sixth edition, Sweet and Maxwell Ltd., London, 1983.
4. Robert charles also, international law of commercial, Law-book, 2nd edition, London, 1961.
5. Smith and Denis, English Law, 8th edition, Britain, 1986.

ثانياً: باللغة الفرنسية

1. Henry Cabrillac, Le cheque et Le virement, 2nd edition, Paris, 1957.
2. J. Hamel, G. Lagarde et Jauffret, Traite de Droit commercial, libraire de Droit, 1974.
3. Lucas et Catala, code civil, Paris, 1994-1995.
4. P. Lescot et R. Roblot, Les effets de commerce, Paris, 1953.
5. Rene Roblot, Les effets de commerce, sirey, 1975.

Abstract

The exchange solidarity is regarded as the most important guarantees the merchandise legislator has given to the holder of the commercial paper, to strength then the trust, through which the holder can return to the debtors, jointly or severally, whether it is at the due date or before that date according to the availability of one of the reasons of the recourse date coming as stipulated by merchandise legislator.

This study falls into two chapters. The first deals with the definition of the exchange solidarity as to its concept, tracing its lawful and judiciary origin, distinguishing it from other confusing lawful systems, defining its personal frame work, tackling the possibility of the liable as to avoid it.

While the second chapter is concerned with the rules of the exchange solidarity in relation of the holder with the exchange liability and that of the exchange liability with each other.

The study is rounded up with a conclusion that includes the results and recommendations.

الفهرست

9.....	المقدمة
17.....	الفصل الأول: ماهية التضامن المصرفي
18.....	المبحث الأول: التعريف بالتضامن المصرفي
18.....	المطلب الأول: مفهوم التضامن المصرفي
18.....	الفرع الأول: معنى التضامن المصرفي
18.....	الفقرة الأولى: معنى التضامن المصرفي لغة
20.....	الفقرة الثانية: معنى التضامن المصرفي اصطلاحاً
22.....	الفرع الثاني: للتأصيل للقانوني التضامن المصرفي
22.....	الفقرة الأولى: للتضامن المصرفي تضامن ناقص
24.....	الفقرة الثانية: التضامن المصرفي تضامن كامل
	المطلب الثاني: تمييز التضامن المصرفي عما يشبهه به من أنظمة
20.....	قانونية
29.....	الفرع الأول: تمييز التضامن المصرفي عن التضامن المدني
	الفرع الثاني: تمييز التضامن المصرفي عن التضامن في
39.....	المسؤولية التقصيرية
43.....	الفرع الثالث: تمييز التضامن المصرفي عن الكفالة التضامنية
50.....	الفرع الرابع: تمييز التضامن المصرفي عن التضامن
55.....	المبحث الثاني: نطاق التضامن المصرفي
56.....	المطلب الأول: شروط صحة الالتزام المصرفي
56.....	الفرع الأول: أهلية الالتزام المصرفي
62.....	الفرع الثاني: اتجاه الإرادة للالتزام المصرفي
63.....	الفقرة الأولى: توقيع للشخص باسمه ولصاحبه
63.....	الفقرة الثانية: التوقيع نيابة عن شخص آخر
67.....	الفقرة الثالثة: للتوقيع باسم الغير

69.....	المطلب الثاني: النطاق الشخصي للتضامن المصرفي
69.....	الفرع الأول: الأشخاص الملزمون صرفياً
71.....	الفقرة الأولى: المصاحب أو المحرر
75.....	الفقرة الثانية: المظهر
78.....	الفقرة الثالثة: المسحوب عليه للقبول
80.....	الفقرة الرابعة: القابل بالتدخل
81.....	الفقرة الخامسة: الضامن
	الفرع الثاني: مدى إمكانية الملزمين من التخلص من
84.....	التضامن المصرفي
85.....	الفقرة الأولى: جواز استبعاد التضامن المصرفي
86.....	الفقرة الثانية: آثار شرط عدم التضامن
91.....	الفصل الثاني: أحكام التضامن المصرفي
92.....	المبحث الأول: علاقة الحامل بالملتزمين المصرفيين
	المطلب الأول: المبادئ التي تحكم علاقة الحامل بالملتزمين
92.....	الصرفيين
92.....	الفرع الأول: وحدة محل الالتزام
93.....	الفقرة الأولى: حق الحامل في المطالبة بكل الدين المصرفي
	الفقرة الثانية: استيفاء الحامل لدينه المصرفي من أحد الملتزمين
97.....	يمنعه من الرجوع على الآخرين
100.....	الفرع الثاني: تعدد الروابط
107.....	المطلب الثاني: رجوع الحامل على المتضامنين المصرفيين
107.....	الفرع الأول: شروط ممارسة الرجوع المصرفي
108.....	الفقرة الأولى: تحقق حالة من حالات الرجوع المصرفي
	الفقرة الثانية: اتخاذ الحامل الإجراءات التي فرضها عليه
112.....	المشرع التجاري
	الفقرة الثالثة: الرجوع على الملتزمين المصرفيين قبل
120.....	لإكمال مدة التقادم
	الفرع الثاني: المبالغ التي يجوز للحامل مطالبة المتضامنين
122.....	الصرفيين بها

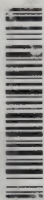
123	الفقرة الأولى: أصل مبلغ الورقة التجارية
126	الفقرة الثانية: الفوائد
132	الفقرة الثالثة: المصاريف
133	الفقرة الرابعة: التعويض
135	المبحث الثاني: علاقة الملتزمين المصرفيين بعضهم ببعض
	المطلب الأول: المبادئ التي تحكم علاقة الملتزمين المصرفيين
135	بعضهم ببعض
135	الفرع الأول: عدم انقسام الدين
140	الفرع الثاني: النيابة القبلية الناقصة
140	الفقرة الأولى: انقطاع التقادم ووقفه
144	الفقرة الثانية: خطأ أحد الملتزمين المصرفيين
145	الفقرة الثالثة: الصلح
147	الفقرة الرابعة: للمطالبة القضائية وصدر الحكم
149	المطلب الثاني: رجوع الملتزمين المصرفيين بعضهم على بعض
	الفرع الأول: الأساس القانوني لرجوع الملتزمين
149	الصرفيين
150	الفقرة الأولى: الدعوى الشخصية
153	الفقرة الثانية: للدعوى مصرفية
159	الفرع الثاني: أحوال الرجوع فيما بين الملتزمين المصرفيين
159	الفقرة الأولى: رجوع المسحوب عليه
162	الفقرة الثانية: رجوع صاحب الورقة لتجارية أو محررها
165	الفقرة الثالثة: رجوع المظهر
166	الفقرة الرابعة: رجوع الكفلاء للصرفيين
169	الخاتمة
175	قائمة المراجع
188	المخلص باللغة الأجنبية
189	الفهرست

يهتم هذا الكتاب بدراسة التضامن المصرفي كأحد أهم الضمانات التي منحها المشرع التجاري لتقوية الثقة بالورقة التجارية وتمكينها من أداء وظائفها كأداة انتماء ووفاء تقوم مقام النقود، والذي من خلاله يستطيع الرجوع على الملتزمين المصرفيين، منفردين أو مجتمعين، للمطالبة بقيمة تلك الورقة سواء أكان ذلك في ميعاد استحقاقها أم قبل ذلك الميعاد.

وتهدف هذه الدراسة لمعالجة هذه الضمانة المصرفية من خلال التعريف بها وتمييزها عما يشبهها بها من أنظمة قانونية وتحديد نطاقها من حيث بيان الأشخاص الملتزمين صرفياً ومدى إمكانيتهم في التخلص من التضامن المصرفي، فضلاً عن الخوض في أحكام هذا التضامن في علاقة الحامل بالملتزمين المصرفيين وعلاقة الملتزمين المصرفيين بعضهم ببعض.

المؤلف

Bibliotheca alexandrina



1105333

ISBN 978-614-401-230-7



9 786144 012307

منشورات المحامي الحقوقية

فرع أول: بناية الزين - شارع القنطاري - قرب تلفزيون إخبارية المستقبل
هاتف: 364561 (1 - 961+) هاتف خليوي: 640821 - 640544 (3 - 961+)
فرع ثان: سوديكو سكوير هاتف: 612632 (1 - 961+) - فاكس 612633 (1 - 961+)
ص.ب. 11/0475 بيروت - لبنان

E-mail: elhalabi@terra.net.lb - www.halabilawbooks.com